

**T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (KARŞILAŞTIRMALI HUKUK)
ANABİLİM DALI**

KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA BORCUN İFA EDİLMEMESİ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Meryem Kübra ERSİN

ANKARA 2007

**T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (KARŞILAŞTIRMALI HUKUK)
ANABİLİM DALI**

KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA BORCUN İFA EDİLMEMESİ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Meryem Kübra ERSİN

**DANIŞMAN
Prof. Dr. ARZU OĞUZ**

ANKARA 2007

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (KARŞILAŞTIRMALI HUKUK)
ANABİLİM DALI

KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA BORCUN İFA EDİLMEMESİ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Tez Danışmanı : Prof. Dr. ARZU OĞUZ

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı

İmzası

.....
.....
.....
.....
.....
.....

.....
.....
.....
.....
.....
.....

Tez Sınavı Tarihi

ÖZET

Ersin, Meryem Kübra, “Karşılaştırmalı Hukukta Borcun İfa Edilmemesi”, Danışman: Prof.Dr. Arzu Oğuz, 205 s.

Anahtar sözcükler: İfa Etmeme, Uyumlaştırma/Yeknesaklaştırma, CISG, Unidroit Prensipleri, Lando İlkeleri

Çalışmamız, karşılaştırmalı hukuk metodu kullanılarak ortaya çıkarılan ve sözleşmeler hukuku alanında belirli bir uygulama alanına sahip olduğu düşünülerek seçilmiş metinlerde borcun ifa edilmemesine ne gibi sonuçların bağlandığını ortaya koymayı amaçlamaktadır. Karşılaştırmalı Hukuk Ana Bilim Dalında bir yüksek lisans araştırması olan çalışmamızda, söz konusu metinler arz ettikleri hususiyet nedeniyle inceleme konusu yapılmıştır. Bununla birlikte, söz konusu metinler incelendiğinde özellikle Common Law ve Civil Law hukuk çevrelerine ait yaklaşımların borcun ifa edilmemesi bağlamında bu metinlerde iç içe ve uyum içinde yer aldıkları ve uygulandıkları görülmüştür. Bu durum karşılaştırmalı hukuk metodu ile hazırlanmış olan metinleri “borcun ifa edilmemesi” açısından incelemeyi bizim açımızdan ilgi çekici kılmıştır. Bu amaca ulaşırken öncelikle, hukuk uyumlaştırılması kavramı üzerinde durulmuştur. Hukukun uyumlaştırılması yoluna neden başvurulduğu ve bu ihtiyacı ortaya çıkaran olgusal nedenler açıklandıktan sonra ise hukuk uyumlaştırılmasının nasıl mümkün olduğu ifade edilmeye çalışılmış ve karşılaştırmalı hukuk metodunun önemine dikkat çekilmiştir. Borcun ifa edilmemesi olgusuna bağlanan sonuçları ele aldığımız üçüncü bölümde ise, uyumlaştırma metinleri kendi sistematikleri içinde incelenmektedir. Ancak bu inceleme yapılmadan önce, Civil Law ve Common Law sistemlerinde borcun ifa edilmemesi olgusunun nasıl ele alındığı üzerinde durmak gerekmektedir. Kıta Avrupa’sı hukuk düzeninde borcun ifa edilmemesi olgusunun nasıl ele alındığı Türk hukukçusu için bilinen bir durum olsa da bu bölümde Common Law sisteminin etkisini taşıyan metinlerin anlaşılabilmesi için bu sistemin kavramlarının incelenmesi oldukça önemlidir. . Son olarak, Türk borçlar hukukunda borcun ifa edilmemesine bağlanan sonuçlar, uyumlaştırma metinleri ışında yeniden değerlendirilerek kavrama ilişkin bir öneride bulunulmuştur. Burada Alman borçlar hukuku reformunun uyumlaştırma yolunda ulusal açıdan atılan önemli bir adım olduğu görülmüştür. Bununla birlikte, söz konusu reformun bir çok açıdan farklı açılımları olup bu husus ayrı bir araştırmaya konu olacak niteliktedir. Bu nedenle, reform üzerinde ayrıntılı bilgi verilmemiş, reformun uyumlaştırma metinleri bağlamında önemine dikkat çekilmekle yetinilmiştir.

Ersin, Meryem Kübra, “Nonperformance in Comparative Law”, Master’s Thesis, Advisor: Prof.Dr Arzu Oğuz, 205 p.

Key words: Nonperformance, Unification/Harmonization, Contracts, CISG, Remedies.

Over recent decades, international trade has become more intense than ever. The invention of new means of communication technology has made it easier and faster for people from different corners of the world to conclude contracts with each other. Where buyer and seller have their places of business in different countries, it is generally not obvious which legal regime applies to the contract between the parties. The consequence of legal uncertainty is self-evident. Additionally, it is quite likely that the law the contract is eventually governed by will be unfamiliar to at least one of the parties. This party is likely to incur extra costs from conducting business under an unfamiliar set of rules and from obtaining legal advice on these. All this is bound to increase the risks involved in international business and to decrease its efficiency. The only real solution to this problem is a unified substantive regime that applies everywhere. Accordingly, numerous efforts have been made over many decades to achieve an international unification of certain areas of the law which are relevant to international trade. The Vienna Sales Convention represents a great step into the direction of legal certainty and towards the rationalisation and an increase in the efficiency of international business. It has surpassed the expectations of those who were involved in the drafting of the Convention. The States that have now ratified the Convention participate in 60% of the World's external trade. This tremendous acceptance of the Vienna Sales Convention almost forces other states to become members to the Convention if they do not want to be put at a disadvantage as far as their external trade relations are concerned.

While the Vienna Sales Convention has a binding nature the UNIDROIT-Principles for International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law represent a new approach to the harmonization of laws. Both instruments are the products of international expert groups that have started from a traditional comparison of national laws in order to draft rules and principles that might be accepted worldwide. Here we aim to reflect the above mentioned approaches and deal with the remedies they have put forward.

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	I
KISALTMALAR	V
KAYNAKÇA	VIII
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

HUKUKUN UYUMLAŞTIRILMASI

§1. GENEL OLARAK HUKUKUN UYUMLAŞTIRILMASI

<i>I. HUKUKUN ULUSAL NİTELİĞİ</i>	<i>5</i>
<i>II. HUKUKUN UYUMLAŞTIRILMASI KAVRAMI VE UYUMLAŞTIRMAYA YOL AÇAN OLGUSAL NEDENLER.....</i>	<i>6</i>
<i>III. KANUNLAR İHTİLAFI KURALLARI VE HUKUKUN UYUMLAŞTIRILMASI</i>	<i>12</i>
<i>IV. UYUMLAŞTIRMA METODU</i>	<i>19</i>
<i>V. KARŞILAŞTIRMALI HUKUK YÖNTEMİNİN İŞLEVİ</i>	<i>24</i>

§2. SÖZLEŞME HUKUKUNA İLİŞKİN UYUMLAŞTIRMA

ÇALIŞMALARI

<i>I. TARİHÇE.....</i>	<i>28</i>
<i>A)ROMA HUKUKU VE IUS COMMUNE</i>	<i>31</i>
<i>1. Roma Hukukunun ulusal hukuklar üzerindeki etkisi</i>	<i>31</i>
<i>2. Ius Commune</i>	<i>33</i>
<i>B)IUS COMMUNE’NİN YENİDEN CANLANDIRILMASI VE ORTAK AVRUPA HUKUKU İDEALLERİ</i>	<i>39</i>

II. SÖZLEŞMELER HUKUKU ALANINDAKİ UYUMLAŞTIRMA	
ÇALIŞMALARININ BAŞLICA ÖRNEKLERİ.....	43
A) ULUSLARARASI SATIM SÖZLEŞMELERİNE İLİŞKİN BİRLEŞMİŞ MİLLETLER	
ANTLAŞMASI (CISG)	46
B) MİLLETLERARASI TİCARİ SÖZLEŞMELERE İLİŞKİN İLKELER (PICC)	51
C) AVRUPA SÖZLEŞMELER HUKUKU İLKELERİ (PECL)	56

İKİNCİ BÖLÜM

KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA BORCUN İFA EDİLMEMESİNE BAĞLANAN SONUÇLAR

§ 3. BORCUN İFA EDİLMEMESİ VE SONUÇLARI

I. GENEL OLARAK	60
II. CIVİL LAW SİSTEMİNİN TEMELİ OLARAK ROMA HUKUKUNDA BORCUN İFASI VE İFA	
EDİLMEMESİNİN KAVRAMSAL ALTYAPISI.....	62
A) Borç Kavramı.....	62
B) Sorumluluk	64
C) Temerrüt ve Sonuçları	67
III. COMMON LAW SİSTEMİNDE BORCUN İFA EDİLMEMESİ.....	68

§ 4. UYUMLAŞTIRMA ÇALIŞMALARINDA BORCUN İFA EDİLMEMESİNE BAĞLANAN SONUÇLAR

I. ULUSLARARASI SATIM SÖZLEŞMELERİNE İLİŞKİN BİRLEŞMİŞ	
MİLLETLER ANTLAŞMASI-CISG'DE BORCUN İFA EDİLMEMESİNİN	
SONUÇLARI.....	76
A) CISG'in Borcun İfa Edilmemesi Sistemine Genel Bakış.....	76
1. Esaslı İhlal Kavramı	79
2. Aynen İfa Talebi.....	84
3. Sorumluluk Yaklaşımı.....	88
B) Sözleşmeye Aykırılık Halinde Tarafların Sahip Olduğu Haklar	89

1.Aynen İfa.....	93
2.Semenin Tenzili.....	98
3.Sözleşmeden Dönme	100
4. Tazminat Talebi.....	103
C)Tarafların Sorumluluktan Kurtulması.....	105
 II. MİLLETLERARASI TİCARİ SÖZLEŞMELERE İLİŞKİN İLKELER -PICC'DE	
BORCUN İFA EDİLMEMESİNİN SONUÇLARI.....	111
 A) GENEL OLARAK.....	111
 B) İFA ETMEMEYE İLİŞKİN TEMEL KAVRAMLAR.....	115
 C) AYNEN İFAYI TALEP HAKKI.....	121
 D) FESİH HAKKI.....	126
 E) TAZMİNAT TALEBİ	129
 III. AVRUPA SÖZLEŞMELER HUKUKUNUN İLKELERİ -PECL-'DE BORCUN	
İFA EDİLMEMESİNİN SONUÇLARI	135
 A) PECL'NİN GENEL YAKLAŞIMI.....	135
 B) AYNEN İFAYI TALEP HAKKI.....	144
 C) FESİH HAKKI	148
 D) BEDELİN İNDİRİLMESİNİ TALEP HAKKI	152
 E) TAZMİNAT TALEBİ	153

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA BORCUN İFA EDİLMEMESİNE BAĞLANAN SONUÇLAR

§ 5.TÜRK BORÇLAR KANUNU ÇERÇEVESİNDE BORCUN İFA EDİLMEMESİNE BAĞLANAN SONUÇLAR

I. TÜRK BORÇLAR KANUNUNDA BORCUN İFA EDİLMEMESİ ANLAMINA GELEN DURUMLAR.....	157
II. BORCUN İFA EDİLMEMESİNE BAĞLANAN SONUÇLAR	161
A) AYNEN İFA	161
B) TAZMİNAT	164
C) SÖZLEŞMEDEN DÖNME	169
III. DEĞERLENDİRME.....	175
SONUÇ.....	181

KISALTMALAR

AET	:Avrupa Ekonomik Topluluğu
agm.	:Adı geçen makale
Am. J. Comp. L	:American Journal of Comparative Law
Art	:Article
Aşa.	:Aşağıda
ATKD	:Avrupa Topluluğu Kararlar Dergisi
ATRG	:Avrupa Topluluğu Resmi Gazetesi
AUHFD	:Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BATIDER	:Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Dergisi
BGB	: <i>Bürgerliches Gesetzbuch</i>
BK	:Borçlar Kanunu
Bkz (bkz)	:Bakınız
Böl	:Bölüm
C.	:Cilt
C.C	:Code Civile
CISG	:United Nations Convention on International Sale of Goods (Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması)
çev	:çeviren
D.	:Digesta
Dic L Rev	:Dickinson Law Review
dn	:Dipnot
EEC	:European Economic Council

Eur LJ	:European Law Journal
Eur. J. L. Reform	:European Law Journal of Reform
f	:Fıkra
Fir	:Firması
Flo. J. Int'l L	:Florida Journal of Intenational Law
FMK	:Fransız Medeni Kanunu
Ins.	:Institutiones
Int'l Trade & Buss. L. Ann,	:International Trade And Bussiness Law Annual
Ill.	:Illustration
ICC	: International Chamber of Commerce.
İBD	:İstanbul Barosu Dergisi
İÜHF	:İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Law. Libr. J.	:Law Library Journal
Law & Pol'y. Int'l. Buss.	:Law and Policy in International Bussiness
m (M)	:Madde
MHB	:Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni
MÖHUK	:Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
M.S.	:Milattan Sonra
N	:Numara
OJEC(OJ)	:Official Journal of the European Communities
Ouclf	:Oxford University Comparative Law Forum.
PECL	:Principles of European Contract Law
PICC	:Princilpes of International Commercial Contracts

UCC	: Uniform Commercial Code
ULIS	: <i>Uniform Law of the International Sale of Goods</i>
ULFIS	: <i>Uniform Law on the Formation of International Sale of Goods</i>
UNCITRAL	: <i>United Nations Commission on International Trade Law</i>
UNIDROIT	: <i>International Institute for the Unification of Private Law</i>
vd.	:ve devamı

KAYNAKÇA

- AKKANAT, Halil: **Alacaklı Yüzünden Borcun İfa Edilemediği Başlıca Durumlar**, İstanbul, 1996.
- “İfada Gecikme ve Borçlu Temerrüdü”, K. Oğuzman Anısına Armağan, İstanbul 2000, s.1-49
- AKŞİT/OKTAY: **Tarih, C.I, İlk Çağ**, İstanbul,1965.
- ATAMER, Yeşim: **Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlanması**, İstanbul, 1996.
- **Uluslar arası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları**, İstanbul, 2005.
- AYGÜL, Musa: **Avrupa Topluluklarında Akitten Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Sözleşmesi**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 1999.
- BARLAS Nami : **Para Borçlarının İfasında Borçlu Temerrüdü ve bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar**, İstanbul, 1992.
- BASEDOW, Jürgen: *“Uniform Law Conventions and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts” (Uniform Law)*; Unified Law Review, Vol.5, 2000, pp.129-140.

- *“Towards A Universal Doctrine of Breach of Contract: The Impact of the CISG” (Universal Doctrine); International Review of Law and Economics, September 2005, pp.487-500.*
- BECKER, H.: **İsviçre Medeni Kanunu Şerhi, C.VI, Borçlar Kanunu I. Kısım Genel Hükümler Fasikül III.** (Çev. Tolun O), Ankara, 1969.
- BERGER, K.P: *The Lex Mercatoria doctrine and Unidroit principles of International Commercial Contracts” (Lex Mercatoria); Law & Pol’y. Int’l. Buss.; 1996-1997, Vol. 58, pp: 943-990.*
- *“The Relationship Between The Unidroit Principles of Commercial Contracts and the New Lex Mercatoria” (Unidroit&Lex Mercatoria), Unif. L. Rev, V. 5, 2000, pp-153-170*
- *“Harmonization of European Contract Law The Influence of Comparative Law” (Comparative Law) ; Int. Comp. Law Q., Oct. 2001; V 50, pp.877-900.*
- *“Forum Shopping Despite International Uniform Contract Law”; Int Comp Law Q, Jul 2002, V 51, pp. 689-707.*
- BIANCA/BONNEL: **Commentary on the International Sales Law**, Milan, 1987.
- BOGDAN, Michael: **Comparative Law**, Kluwer,1994.

- BONNEL, Michael Joachim: *“Unification of Law by Non-Legislative Means: The Unidroit Draft Principles for International Commercial Contracts” (Unification)*; Am. J. Comp. L., 1992, Vol.40, pp.617-634.
- *“The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: Why? What? How?” (UNIDROIT)* ; Tulane Law Review; 1994-1995, Vol.69, pp.1122-1147.
- *“The UNIDROIT Principles Of International Commercial Contracts and CISG-Alternatives or Complementary Instruments” (Unidroit & Cısg)* ;Unif. L.Rev, 1996, Vol. 1, pp. 26-39.
- *“The UNIDROIT Principles Of International Commercial Contracts and The Principles of European Contract Law: Similar Rules for Same Purposes?” (Unidroit&PECL)* ; Unif. L. Rev., 1996, Vol.1, pp.229-246.
- *“The UNIDROIT Principles: First Practical Experiences” (First Practical Experiences)*; Eur.J.L.Reform, 1999, Vol. 1, pp.193-202.
- BOZKURT, Gülnihal: **Batı Hukukunun Türkiye’de Benimsenmesi**, Ankara, 1996.
- BUZ, Vedat: **Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme**, Ankara, 1998.
- CARUSO,Daniella: *“The Missing View of the Cathedral: The Private Law Paradigm of European Legal Integration”*, 3 Eur L.J.3, 1997.

- ÇELEBİCAN, Özcan, K.: **Roma Eşya Hukuku**, Ankara, 2000.
- DAYINLARLI, Kemal: (Çev.)**UNIDROIT: Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin İlkeler (Roma, 2004) :** Principles of international commercial contracts (Roma, 2004), Principes relatifs aux contrats du commerce international (Roma, 2004), Ankara, 2004.
- (Çev.)**Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri :** Principles of European Contract Law : Principes du Droit Européen du Contrat, Ankara, 2005.
- DE LY, Filip: *“Emerging New Perspectives Regarding Lex Mercatoria in an Era of Increasing Globalization”*, Festschrift für Otto Sandrock zum 70. Geburtstag, pp.179-203.
- DELAUME, G.R.: “What Is An International Contract? An American and A Gallic Dilemma” ICLQ, Vol.28, Y.1979, ss.258-279.
- Di MARZO, Salvatore: **Roma Hukuku**,(çev: Ziya UMUR), İstanbul, 1959.
- EKŞİ, Nuray: **Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Konvansiyon**, MHB, Y.17-18. S.1-2, s.163 vd.
- EREN, Fikret: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 8. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2004.
- FERRARI, Franco: *“Comparative Ruminations on the Forseeability of Damages in Contract Law”*;

- Lousiana Law Review, March, 1993, pp.1258-1269.
- *“General Principles and International Uniform Commercial Law Conventions: A Study of the 1980 Vienna Sales Convention and 1988 UNIDROIT Conventions” (Uniform Law Conventions) ; Unif. L. Rev, 1997, Vol.2, pp. 415-472.*
 - FAWCETT James J: **International Sale of Goods In The Conflict Of Laws**, Oxford Univ. Pres, New York, 2005.
 - GORDLEY, James.: **Foundations of Private Law**, Oxford Univ. Pr, 2006.
 - *“Impossibility and Changed and Unforeseen Circumstances”, 52 American Journal of Comparative Law (Summer 2004), 513-530*
 - HARTKAMP, Arthur: *“Perspectives for the Developement of a European Civil Law”*; The Common Core of European Private Law (Ed. M. Bussani and U.Mattei), Kluwer Law International,
 - HERGÜNER Ümit: *“Applicability of the UN Convention on Contracts for The International Sale of Goods to Sales Contracts Concluded by Turkish Companies and Their Affiliates Abroad”*; Murat Sarica Armağanı, İstanbul, 1988, ss.95-100.
 - HONNOLD, John: **Uniform Law For International Sales Under The 1980 United Nations Convention**, 3 rd edition (1999), Kluwer Law International The Hauge.

- JENKİNS, Sarah Howard: “*Exemption for Nonperformance: UCC, CISG, UNIDROIT Principles-A Comparative Assessment*”, Tulane Law Review, 1997-1998, Vol.72, pp.2015-2029.
- KALWEİT, Dominik: “*Towards A European Contract Law: For A Prosperous Future of International Trade*”; Victoria University of Wellington Law Review , August, 2004, pp.269-293.
- KARAYALÇIN, Yaşar: **Hukukta Öğretim Kaynaklar Metot Problem Çözme**, Ankara, 2001.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU: **Borçlar Hukuku Dersleri, Birinci Fasikül**, İkinci Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1985.
- KOSCHAKER, Paul.: (Yeniden Elden Geçiren: AYİTER,K.): Modern Hususi Hukuka Giriş Olarak Roma Hususi Hukukunun Ana Hatları, Ankara, 1975.
- LANDO/BEALE: **Principles of European Contract Law Parts I&II**, Hague, 2000.
- LANDO, Ole: “*Principles of European Contract Law and UNIDROIT Principles: Moving From Harmonization to Unification*” (**Harmonization to Unification**) ; Unif. L. Rev, 2003, Vol.8, pp.123-134.
- “*Some Features of the Law of Contract in the Third Millenium*” (**Contracts in the 3rd Millenium**); http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/literature/lando01.htm, <son güncellenme, Ekim 2006>.

- *“CISG and Its Followers: A Proposal to Adopt Some International Principles of Contract Law” (CISG&Its Followers); American Journal of Comparative Law, Spring, 2005, pp.380-401.*
- Di MARZO, Salvatore: **Roma Hukuku**,(çev: Ziya Umur), İstanbul, 1959
- MATTEUCI , Mario: *“History of UNIDROIT The Methods of Unification”*; Law. Libr. J., 1973, Vol.66, pp.286-290.
- MEYER, Olaf: *“The UNIDROIT Principles and Their Impact on European Private Law”*; Unif. L. Rev., 2002, Vol.7, pp-1222-1227.
- MIRMIA, Steven A.: *“A Comparative Survey On Culpa in Contrahendo, Focusing on Its Origins in Roman Law, German and French Law as well as Its Application In American Law”*, 8. Conn. J. Int’l Law, 1992-1993, pp. 77-107.
- NOMER/ŞANLI: **Devletler Hususi Hukuku**, İstanbul, 2003.
- OĞUZ, Arzu: **Karşılaştırmalı Hukuk**, Ankara, 2003.
- *“Sözleşmeler Hukuku Alanında Hukukun Birleştirilmesi”*; Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.49, S.1-4, 2000, s. 31-65.
- *“Hukuk Tarihi ve Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Uluslararası Ticaret Hukuku, (Lex Mercatoria)-Unidroit İlkelerinin Lex Mercatoria Niteliği, 50 AÜHFD 2001, ss.11-53.*

- “Hukuk Eğitimi ve Karşılaştırmalı Hukuk”; Yasa Hukuk Dergisi, Eylül-Ekim 2004, S.256, s.35-45.
- “Türk Medeni Hukukunun Gelişim Çizgisi ve Karşılaştırmalı Hukukun Rolü”; AÜHFD, C.55, S.1, 2006, ss.195-206.
- OĞUZMAN, Kemal: **Borçlar Hukuku Dersleri-Borçların İfası, İfa edilmemesi, Sona ermesi-(Adem-i İfa)**, İstanbul 1979.
- OĞUZMAN/ÖZ: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2000.
- ÖZDEMİR Hatice: “MÖHUK Kapsamına Giren Sözleşmelerin Tespiti Bağlamında “Yabancılik Unsuru Taşıyan Sözleşmeler” ve “Uluslar arası Sözleşme” Kavramları”, İBD, C.73, Sa.10–11–12, 1999, ss.926–941.
- ÖZSUNAY, Ergun: “1980 Tarihli Uluslararası Mal Satımı Sözleşmeleri Hakkında Viyana Antlaşması (CISG) ve Türk Teşebbüslerinin Taraf Olduğu Mal Satımı Sözleşmeleri Üzerindeki Yansımaları”, İBD 78/3 (2004), ss. 907-959.
- PERİLLO, Joseph M: “*Force Majeure and Hardship Under the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*”; Tul. Int’l & Comp. L. , 1997, Vol. 5, pp. 5-26
- PIECK, Manfred: “*A Study of the Significant Aspects of German Contract Law*”; Annual Survey of International and Comparative Law, Fall, 1996, pp.118 vd.

- PILIOUNIS, Peter A: *“The Remedies of Specific Performance, Price Reduction and Additional Time (Nachfrist) under the CISG: Are these worthwhile changes or additions to English Sales Law?”* 12 Pace International Law Review (Spring 2000).
- PLATE, Tobias: *“The Buyers Remedy of Avoidance Under the CISG: Acceptable from a Common Law Perspective?”*; Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration, 2002, pp.57 vd.
- POROY/YASAMAN: Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, 2004.
- PRUJİNER, Alain: **Treaties And International Documents Used In International Trade Law**, Wilson & Lafleur, Montreal, 1992.
- RADO, Türkan: **Roma Hukuku Dersleri**(Roma Borçlar Hukuku), İstanbul, 2001.
- ROSETT Arthur: *“Unification, Harmonization, Restatement, Codification, and Reform in International Commercial Law” (Restatement)*; 40 American Journal of Comparative Law (1992).
- *“UNIDROIT Principles and Harmonization of International Commercial Law: Focus on Chapter Seven” (Chapter Seven)*, 2 Unif. L. Rev. 1997, pp.441-451
- *“The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: A New Approach to International Commercial Contracts” (A New*

- Approach**); Am. J. Comp. L, 1998, Vol. 46, pp. 347-360.(1998)
- SATTAR, Imtyaz M: *“The UNIDROIT Principles Of International Commercial Contracts and the Vienna Sales Convention: Competing or Completing ‘Lex Mercatoria’?”*; Int’l Trade & Buss. L. Ann, 1999, Vol.4, pp.13-30.
 - SCHLECHTRIEM, Peter: International Sales: The UN Convention on Contracts for International Sale Of Goods, Mathew BENDER içinde, “The Sellers Obligation Under The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods”, 1984, ch.6.
 - **Uniform Sales Law-The UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods**, Manz, Vienna 1986.
 - *“The Growing Importance of European Law and How It Affects Teaching and Research in the Field of the Private Law of Obligations”* (2001); Texas International Law Journal, Vol: 36,2001, pp. 531-539.
 - *“Subsequent Performance and Delivery Deadlines - Avoidance of CISG Sales Contracts Due to Non-conformity of the Goods”* 18 Pace International Law Review, Issue No. 1 (Spring 2006) 83-98.
 - SCHLECHTRIEM/ SCHWENZER: **Commentary on The UN Convention On The International Sale Of Goods (GISG)** , 2nd English Edition, Oxford, 2005.

- SCHNITZER F. Adolf: “Dâhili Hususi Hukukta ve Devletler Hususi Hukukunda Akitlerin Muhtariyeti”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. VI, Sa. 1, İstanbul, 1940, ss.182–210 (Çev: Bülend Davran).
- SCHMITTHOFF, C.M: “*The Science of Comparative Law*” , 7 Cambridge L. J., 1939-1941, pp.94-110.
- “*The Unification or Harmonization of Law by Means of Standard Contracts and General Conditions, Report to the IV th Meeting of Organizations concerned with the Unification of Law*” (**Report on IVth Meeting**), UNIDROIT, Yearbook 1967-1968.
- SCHWARZ, Andreas: İngiliz Hukuku ve Kontinental Hukuk (**Kontinental Hukuk**), Konferans Metni, Ankara, 1937.
- “Türkiye İsviçre Medeni Hukuku ve Roma Hukuku” (**Medeni Hukuk ve Roma Hukuku**), Cemil Bilsel’e Armağan, İstanbul, 1939, (çev: Hıfzı Veldet Velidedeoğlu)
- Roma Hukuku ve İngiliz Hukuku (**İngiliz Hukuku**), Üniversite Konferansları 1945-1946’dan ayrı bası, İstanbul, 1946.
- SCHWENZER, Ingeborg: “*Specific Performance and Damages According to the 1994 UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*”; Eur. J. L. Reform, 1999, Vol.1, pp.289-304.
- SHEN, Jianming: “*The Remedy of Requiring Performance Under The CISG and the Relevance of*

- Domestic Rules*"; Arizona Journal Of International and Comparative Law, Fall, 1996, pp.255-304.
- SEROZAN, Rona: Sözleşmeden Dönme (**Dönme**), İstanbul, 1975.
 - İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme (**İfa Engelleri**) , İstanbul, 2002.
 - “Yeni Alman İfa Engelleri Hukuku”, İÜHFİM, C.LVIII, S.1-2, s.231.
 - SLATTER, Scott D: “*Overcome by Hardship: The Inapplicability of the UNIDROIT Principles’ Hardship Provisions to CISG*”; Flo. J. Int’l L., 1998-2000, Vol. 12, pp.231-262
 - SPEİDEL, Richard E: “*Excusable Nonperformance in Sales Contracts: Some Thoughts About Risk Management*”; S. C. L Rev, 1998, Vol. 32, pp.241-281.
 - ŞENOCAK, Zarife: **Borçlunun İfa Yardımcılarından Sorumluluğu**, Ankara, 1995.
 - TAHİROĞLU/ERDOĞMUŞ: **Roma Hukuku Meseleleri**, İstanbul, 2003.
 - TAHİROĞLU, Bülent: **Roma Borçlar Hukuku**, İstanbul, 2005.
 - TEKİNAY: “Mukayeseli Hukuk Açısından Borçlunun Aynen İfaya veya Tazminat Ödemeye Zorlanması”; Kubalı’ya Armağan, 1974, ss.421-436.

- TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993.
- TİRYAKİOĞLU Bilgin: **Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk**, Ankara, 1996.
- TREİTEL: **The Law Of Contract**, Stevens, 1983
- "Remedies for Breach of Contract", in 7 International Encyclopedia of Comparative Law.
- ULRICH, Drobnig: *"Creating International Legislation for the Twenty- First Century: Unified Private Law for the European Internal Market"* Dick. L Rev., V.106, 2001.
- VON TUHR Andreas: **Borçlar Hukukunun Umumi Kısım**, C. 1-2, Ankara, 1983 (Çeviren: Cevat Edege).
- TELLİ: Devletler Hukuku Açısından Uluslar arası Ticaret ve Kurumlaşması, Ankara, 1991.
- TOKER, Ali Gümrah: 11 Nisan 1980 tarihli uluslararası taşınır Ml Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin (Viyana Sözleşmesi) Uygulama Alanı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2005
- VLAVIAOS, George: "Specific Performance in the Civil Law: Mediating Between Inconsistent Principles Inherited from a Roman-Canonical Tradition via the French Astreinte and the Quebec

Injunction”, Rev.Gen., V.24, 1993, pp517-553.

- YÜCEL, Mustafa Tören: Hukuk Felsefesi, Ankara, 2003.
- ZIEGLER, Alexander von(Ed):Transfer Of Ownership In International Trade, Kluwer Law International and International Chamber Of Commerce (ICC), 1999.
- ZIMMERMAN, Reinhard: The Law Of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition (**Law of Obligations**) , Oxford Un. Pr, 1996.
- Comparative Foundations of A European Law of Set-off and Prescription, Cambridge Un.Pr, 2002.
- “*The “Europeanization” of Private Law Within the European Community and the Reemergence of a European Legal Science*” (**Reemergence of a European Legal Science**); Columbia Journal of European Law, Winter, 1995, pp.63-105.
- “*The German Civil Code and the Developement of Private Law in Germany*” (2006) Oxford U Comparative L Forum, 1 at www.ouclf.iuscomp.org <son erişim, 1.05.2007>.
- ZWEIGERT/KÖTZ: Introduction to Comparative Law, (Almancadan İngilizceye çeviren: Tony Weir), 2nd Edition, Oxford,

Elektronik Kaynaklar:

- www.cisg-online.ch

- www.cisg.law.pace.edu
- www.uncitral.org
- www.unilex.info
- www.iuscomp.org
- <http://ouclf.iuscomp.org/>
- www.unidroit.org
- PECL;
http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/
- PICC;
<http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2004/blackletter2004.pdf>

GİRİŞ

Karşılaştırmalı hukukta borcun ifa edilmemesi denildiği zaman oldukça geniş ve kapsamlı bir alanın bu tez çalışmasına konu edildiği düşünülebilir. Ancak bir yüksek lisans bitirme tezi olarak hazırlanan çalışmamızın konusunun daha dar bir kapsamda sözleşmeler hukuku alanındaki karşılaştırmalı hukuk metinlerinde borcun ifa edilmemesine bağlanan sonuçların incelenmesi olduğunu ifade etmenin konunun sınırlandırılması açısından önemli olduğunu düşünmekteyiz. Bu nedenle çalışmamız karşılaştırmalı hukuk metodu kullanılarak ortaya çıkarılan ve sözleşmeler hukuku alanında belirli bir uygulama alanına sahip olduğu düşünülerek seçilmiş metinlerde borcun ifa edilmemesine ne gibi sonuçların bağlandığını ortaya koymayı amaçlamaktadır.

Avrupa sözleşmeler hukukunun ortaya çıkması ile birlikte Karşılaştırmalı hukukun, hukuk uyumlaştırmasında etkin rol oynayan birleştirici bir metot haline gelmesinde etkili olan süreç oldukça ilginçtir. Bu süreçte en önemli etken şüphesiz uluslararası ticaretin somut gereklilikleridir. Bunun yanında, ulusal sınırlarla kendini bağlı hissetmeyen hukukçuların çabaları, Avrupa Birliği'nin kurulması ve entegrasyon hedefleri de hukukun ulusal sınırları aşmasında birer itici güçtür. Bu nedenle bugün Avrupa bilim çevrelerinde *ius commune*'nin yeniden hayata geçirilmesi en hararetli tartışma konularından birini oluşturmaktadır. Ancak, daha da önemlisi sınırların ortadan kalkması olgusunun sadece Avrupa içinde değil, asla uzlaşmaz kabul edilen *Common Law* ve *Civil Law* arasında da görülmeye başlanmasıdır.

Birleşmiş Milletler bünyesinde kabul edilen ve 1988 yılında yürürlüğe giren Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında BM Antlaşması, karşılaştırmalı hukuk araştırmalarının önemli ve öncü bir ürünüdür. Bunun yanı sıra

CISG'in içerik olarak öncülük ettiği ve uyumlaştırma metodunun daha da gelişmesiyle ortaya çıkan diğer iki önemli belge de, Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin İlkeler ve Avrupa Sözleşmeler Hukukunun İlkeleri'dir. Bu ilkelerle ilgili olarak öne çıkan ve çalışmamız açısından önem teşkil eden husus, metinlerin hazırlanmasında karşılaştırmalı hukuk yönteminin izlenmiş olmasıdır. Karşılaştırmalı Hukuk Ana Bilim Dalında bir yüksek lisans araştırması olan çalışmamızda, söz konusu metinler arz ettikleri hususiyet nedeniyle inceleme konusu yapılmıştır. Bununla birlikte, söz konusu metinler incelendiğinde özellikle *Common Law* ve *Civil Law* hukuk çevrelerine ait yaklaşımların borcun ifa edilmemesi bağlamında bu metinlerde iç içe ve uyum içinde yer aldıkları ve uygulandıkları görülmüştür. Bu durum karşılaştırmalı hukuk metodu ile hazırlanmış olan metinleri "borcun ifa edilmemesi" açısından incelemeyi bizim açımızdan ilgi çekici kılmıştır.

Çalışmamızın amacı, uyumlaştırma çalışmaları çerçevesinde oluşan söz konusu metinlerde "borcun ifa edilmemesi" olgusuna bağlanan sonuçların *Common Law* ve *Civil Law* arasında köprü oluşturan yönünü vurgulamaktır. Zira bu şekilde hukuku ulusal sınırların dışına çıkarma ve bilimsel yönüne katkıda bulunmaya yönelik bu tartışmaların olumlu bir yönü ortaya konacaktır.

Bu amaca ulaşırken öncelikle, hukuk uyumlaştırılması kavramı üzerinde durulmuştur. Zira, çalışmamızın inceleme alanını teşkil eden metinler birer hukuk uyumlaştırması metni olduklarından metinlerde "borcun ifa edilmemesi" olgusuna bağlanan sonuçlara ilişkin mantık uyumlaştırmaya yol açan olgusal nedenlerin oluşturduğu alt yapı içinde anlaşılabilir. Hukukun uyumlaştırılması yoluna neden başvurulduğu ve bu ihtiyacı ortaya çıkaran olgusal nedenler açıklandıktan sonra ise hukuk uyumlaştırılmasının nasıl mümkün olduğu ifade edilmeye çalışılmış ve karşılaştırmalı hukuk metodunun önemine dikkat çekilmiştir.

Sözleşmeler hukuku alanında Avrupa düzeyinde ortaya çıkan uyumlaştırma tartışmalarının çoğu “Ortak Avrupa Hukuku” ideallerinin beslediği tartışmalardır. Bu nedenle ortak hukuka ulaşmanın mümkün olup olmadığının anlaşılması açısından *ius commune*’nin etkilerine bu çalışmada yer verilmiştir. Yine çalışmada, sözleşme hukukunun uyumlaştırılması niteliğindeki temel metinlerin ortaya çıkışı ve yöntemi, tarihsel bir süreç içinde, aynı bölüm altında incelenmektedir.

Borcun ifa edilmemesi olgusuna bağlanan sonuçları ele aldığımız üçüncü bölümde ise, uyumlaştırma metinleri kendi sistematikleri içinde incelenmektedir. Ancak bu inceleme yapılmadan önce, *Civil Law* ve *Common Law* sistemlerinde borcun ifa edilmemesi olgusunun nasıl ele alındığı üzerinde durmak gerekmektedir. Kıta Avrupa’sı hukuk düzeninde borcun ifa edilmemesi olgusunun nasıl ele alındığı Türk hukukçusu için bilinen bir durum olsa da bu bölümde *Common Law* sisteminin etkisini taşıyan metinlerin anlaşılabilmesi için bu sistemin kavramlarının incelenmesi oldukça önemlidir.

Bu bağlamda, özellikle, söz konusu metinlerin birbiri ile paralel düzenlemeler içerdiği ve genel olarak CISG etkisi taşımakta olduğu söylenebilir. Son olarak, Türk borçlar hukukunda borcun ifa edilmemesine bağlanan sonuçlar, uyumlaştırma metinleri ışığında yeniden değerlendirilerek kavrama ilişkin bir öneride bulunulmuştur. Burada Alman borçlar hukuku reformunun uyumlaştırma yolunda ulusal açıdan atılan önemli bir adım olduğu görülmüştür. Bununla birlikte, söz konusu reformun bir çok açıdan farklı açılımları olup bu husus ayrı bir araştırmaya konu olacak niteliktedir. Bu nedenle, reform üzerinde ayrıntılı bilgi verilmemiş, reformun uyumlaştırma metinleri bağlamında önemine dikkat çekilmekle yetinilmiştir.

Çalışmada sıkça kullanılıyor olması nedeniyle bazı kavramlar ve kısaltmaların da burada açıklanmasında fayda görmekteyiz. Bunlar *common law* ve *civil law* kavramlarıdır. Her ne kadar Türk hukuk literatüründe bu kavramları

karşılamak için Kara Avrupa'sı ve Anglo-Sakson kelimeleri kullanılıyor olsa da, hem bahsedilen İngilizce terimlerin uluslararası bir yaygınlık kazanmış olması ve hem de Türkçe karşılıklarından daha geniş bir alanı kapsıyor olmalarından dolayı bu kavramlar tercih edilmiştir. Bir diğer kavram ise “adem-i ifa” kavramıdır. Söz konusu kavram, Milletlerarası Ticari sözleşmelere İlişkin İlkeler (PICC) ve Avrupa Sözleşmeler Hukukunun İlkeleri (PECL) düzenlemelerinin tercümesinde Prof Dr. Kemal DAYINLARLI tarafından *nonperformance* karşılığı olarak kullanılan bir terimdir. Bu anlamda çeviri her ne kadar resmi bir çeviri olmasa da, çeviriye sadık kalmak açısından adem-i ifa kavramı kullanılmıştır.

Bundan başka, çalışma konusu uyumlaştırma metinleri, yine uluslararası eğilim dikkate alınarak her dilde kullanılan “CISG”, “PICC” ve “PECL” kısaltmaları ile ifade edilmektedir.

BİRİNCİ BÖLÜM

HUKUKUN UYUMLAŞTIRILMASI

§1. GENEL OLARAK HUKUKUN UYUMLAŞTIRILMASI

I. HUKUKUN ULUSAL NİTELİĞİ

Hukukun her yerde geçerli olan değişmez ve evrensel bir değer olduğunu savunan “doğal hukuk”¹ yaklaşımı ile hukukun ulusal yaşamın bir parçası olarak organik bir gelişim içerisinde oluştuğunu ileri süren “tarihçi hukuk”² yaklaşımı arasındaki farklılık bilinen bir olgudur. Doğal hukukun evrensellik iddiası bağlamında ‘hukuk’ kavramının, adalet ve hakkaniyet anlamında evrensel bir değer olarak algılanması gerekir. Bununla birlikte ‘bir ülkede belirli bir zaman diliminde var olan kurallar toplamı’ anlamında (pozitif) ‘hukuk’un ise ulusal ve tarihsel bir nitelik arz ettiği tartışmasızdır. Bu nedenle her ülkenin sahip olduğu yazılı ve yazısız hukuk kaynakları gerek oluşumlarında gerekse uygulamalarında geleneksel ve kültürel olmak üzere ulusal hususiyetler taşımaktadırlar. Uluslararası toplum ne kadar gelişme gösterirse göstereceği bugün hukukun ulusal yapısı yadsınamaz³. Bu anlamda diğer bilim dallarında olduğu gibi evrensel bir hukuk biliminden bahsedilemeyeceği söylenmektedir⁴. Ortak bir hukuk geleneğinden gelen ülkeler açısından bile uygulamada kuralların ulusal hususiyetlere göre farklı

¹ Ayrıntılar için Bkz, YÜCEL Mustafa Tören: Hukuk Felsefesi, Ankara, 2003, s.45 vd.

² YÜCEL, s.62.

³ OĞUZ, Arzu: Karşılaştırmalı Hukuk, Ankara, 2003, s.7.

⁴ SCHWARZ, Andreas: Roma Hukuku ve İngiliz Hukuku, Üniversite Konferansları 1945-1946’dan ayrı bası, İstanbul, 1946, s.60,(*İngiliz Hukuku*) SCHWARZ burada “hukuk nazariyatının meriyet sahası daha ziyade tedris edilen hukukun cari bulunduğu memlekete münhasırdır” demekte ve “muhtelif memleketlerdeki hukuk fakültelerinin nazariyat ve tedrisatının birbirinden ehemmiyetli derecede ayrıldığını” ifade etmektedir.; ZIMMERMANN, Reinhard: “The “Europeanization” of Private Law Within the European Community and the Reemergence of a European Legal Science”(Remergence of a European Legal Science); Columbia Journal of European Law, Winter, 1995, s. 65. Zimmermann burada, Rudolf von Jhering’den alıntılacağı şu ifadeye yer vermektedir: “Hukuk bilimi, ulusların yargılaması düzeyine indirgenmiş ve bilimsel gayretlerin sınırı politik sınırlarla neredeyse tıpatıp hale gelmiştir.” Ayrıca Zimmermann bu durumun 19. yüzyılın ortaları için geçerli olduğu kadar günümüz için de geçerli olduğunu belirtirken Alman Medeni Kanunun yürürlüğe girdiği gün Juristenzeitung’da yer alan büyük manşeti örnek göstermektedir: “Ein Volk. Ein Reich. Ein Recht (Tek Halk, Tek Hükümlerlik, Tek Hukuk).”

yorumlanmasından kaynaklanan farklılıklar olduğunu söylemek mümkündür. Roma Hukukunun hukuk düzenleri üzerindeki ortak etkisine rağmen Türk hukukçusu için Türk hukuku, Fransız hukukçusu için Fransız hukuku, Alman hukukçusu için ise Alman hukuku bilinen bir alandır. Oysa matematik, tıp ve astronomi gibi sayısal bilimler bir yana sosyoloji, psikoloji ve hatta iktisat gibi beşeri bilimlerde dahi bu tür bir ulusallıktan bahsedilmemektedir⁵.

Hukukun ulusal karakterinin yadsınamaz olduğunu kabul etmekle birlikte son yıllarda Dünya uluslarının “küreselleşme” etkisiyle ekonomik ve sosyal olarak birbirlerine yaklaşma çabası içerisinde olması aşağıda anlatılacağı üzere hukuk düzenlerinin de bu çerçevede gözden geçirilmesine; bu ise beraberinde hukukun ‘yeknesaklaştırılması/birleştirilmesi veya uyumlaştırılması’ (*Unification, harmonization*) kavramlarının ortaya çıkmasına yol açmıştır.

II. HUKUKUN UYUMLAŞTIRILMASI KAVRAMI ve UYUMLAŞTIRMAYA YOL AÇAN OLGUSAL NEDENLER

Hukukun birleştirilmesi/yeknesaklaştırılması veya uyumlaştırılması (*Unification, harmonization*) kavramları ulusal ve uluslararası düzeyde birçok güncel tartışmanın konusunu teşkil etmektedir. Ulusal düzeyde uyumlaştırma kavramı esas olarak Avrupa Birliği’ne üyelik süreci ile birlikte ülkemizin gündemine girmiştir. Aslına bakılacak olursa ülkemizin laik hukuk sistemine geçiş esnasında ilk kez uyumlaştırma kavramı ile tanıştığı söylenmektedir⁶. Bu noktada İsviçre Medeni Kanunundan iktibas yapılmak suretiyle oluşturulan Türk Medeni Kanunu tipik bir

⁵ OĞUZ, Arzu: “Sözleşmeler Hukuku Alanında Hukukun Birleştirilmesi”(Hukukun Birleştirilmesi); Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.49, S.1-4, 2000,s.36; OĞUZ, Karşılaştırmalı Hukuk, s. 7: Yazar, Burada yürürlükte olan hukuk kaynaklarının bilinen yöntemlerle yorumlanarak uygulanmasının hukuk disiplinine “bilim” niteliğini kazandırmadığından bahsederken hukukun ancak ulusal normları aştığı ve uluslararası bir karakter kazandığı ölçüde bilim niteliğini kazanacağından bahsetmektedir; ZIMMERMANN, Reemergence of a European Legal Science., s. 65.

⁶ MATTEUCI, Mario: “History of UNIDROIT The Methods of Unification”; Law. Libr. J., 1973, Vol.66, s.287.

örnek olarak gösterilebilir⁷; ancak hemen belirtmek gerekir ki burada uyumlaştırma iradesi bulunmamaktadır. Zira bu reform esnasında Türk ve İsviçre Medeni hukuklarının uyumlaştırılması amaçlanmadığından bu uyumlaştırma tabiri caizse “kazaen” ortaya çıkmıştır⁸. Dolayısıyla Türkiye tarihinde ortaya çıkan bu süreç modern anlamda uyumlaştırma kavramı ile açıklanamayacaktır. Modern ve teknik anlamda uyumlaştırma ise daha çok uluslararası alanda ticaretin gelişmesi ile birlikte ortaya çıkan ve devletlerin uyumlaştırma iradesinin açık bir biçimde tezahür ettiği bir süreçtir⁹.

Özellikle uluslararası alanda ticaretin yaygınlaşan iletişim araçlarıyla kontrol edilemez biçimde gelişmesi, bu anlamda uyumlaştırma tartışmalarının olgusal temelini oluşturmaktadır. Bu olgusal durumu birkaç açıdan açıklamak mümkündür. Öncelikle, kendi sınırları dışında aktif olarak ticaret yapmak tacirleri ve onların vekillerini yabancı hukukların bilinmezliği ve bu bilinmezlikten doğabilecek tedirginlikle karşı karşıya bırakmaktadır. Diğer taraftan, en genel anlamıyla piyasaların küreselleşmesi sonucu milli ekonomilerin birbiri ile bağlı hale gelmesi ve uluslararası ekonomik bağlantıların artması, borçlar hukukunun ulusal düzeyde gösterdiği hususiyetler üzerinde baskı kurmaya başlamıştır. Ticaret hukuku, toplumun ekonomik ve kültürel ihtiyaçlarına hizmet etmekte olduğundan ekonomik hayat ve alışkanlıklar değiştikçe hukukun da bu değişmelere tabi olması kaçınılmaz olacaktır. Bu bağlamda daha açıklayıcı olmak için satım akitlerinde malın niteliklerine ilişkin zımni bir tekeffül borcunun kadim hukuklarda bulunmaması örnek verilebilir: Satım akitlerinin konusunu ağırlıklı olarak taşınmaz mülkiyeti ve toprak gibi yüksek değerli mallar oluşturduğundan söz konusu satımların değeri oldukça yüksekti ve taraflardan araştırma yapmaları veya malın niteliklerinin açık

⁷ MATTEUCI, s.287.; BOZKURT, Gülnihal, Batı Hukukunun Türkiye’de Benimsenmesi, Ankara, 1996; OĞUZ, Arzu: “Türk Medeni Hukukunun Gelişim Çizgisi ve Karşılaştırmalı Hukukun Rolü”, AÜHFD, C.55, S.1, 2006, ss.195-206.

⁸ MATTEUCI, s.287.

⁹ MATTEUCI, s.287.

olarak tekeffül edilmesi için görüşmeler yapmaları beklenmekteydi¹⁰. Ancak bu durum giderek daha düşük fiyatlı menkul ürünlerin satılmaya başlanması ve pazar içinde hızlı bir şekilde hareketin sağlanmasıyla birlikte yetersiz kalmaya başladı. Pazar ekonomisinin de gelişmesi ile malların hızla hareket edebilmesi neticesinde alıcıdan beklenen araştırma ve muayene mükellefiyetinin derecesi düştü ve satıcı malın niteliklerini garanti etmek durumuna geldi¹¹.

Yukarıdaki örnekten hareketle günümüz sözleşmeler hukukuna bakıldığında, küreselleşen pazar ekonomisi ile birlikte sözleşmeler hukuku alanında uyumlaştırma veya yeknesaklaştırma yönünde, bu tür bir dönüşümün kaçınılmaz olduğu düşünülmektedir. Zira uluslararası ticari piyasada etkin olan aktörlerin sayısı arttıkça borç ilişkilerini düzenleyen hukuk kurallarının, bünyelerinde barındırdıkları ulusal hususiyetler nedeniyle ikna ediciliklerinin azalacağı düşünülmektedir¹².

Ülkemiz açısından bakıldığında, uyumlaştırma kavramı, sadece, son dönem Avrupa Birliği yasaları kapsamında algılansa da çalışmamızda uyumlaştırma kavramını, bu siyasi mülahazalardan uzak, genel anlamda, ‘olması gereken hukuka’ yaklaşılması bağlamında düşünmekteyiz. Dolayısıyla, genelde hukukun, çalışmamız özelinde ise borçlar hukukunun, uyumlaştırılması daha evrensel bir bağlamda ele alınmaktadır.

Uluslararası düzeyde ticari hayatın vazgeçilmez unsurlarından birisi de tacirler veya ticaret yapan kişiler arasındaki ilişkilerdeki olası uyuşmazlıkların nasıl çözüleceğine ilişkin kurallar, yani bir anlamda borçlar hukuku kurallarıdır. Bu kurallar, ulusal düzeyde ticari ilişkilerin düzen içinde ilerlemesini sağladığı gibi uluslararası düzeyde ortaya çıkan uyuşmazlıklar açısından da kanunlar ihtilafı

¹⁰ BASEDOW, Jürgen: “Towards A Universal Doctrine of Breach of Contract: The Impact of the CISG”; International Review of Law and Economics, September, (Universal Doctrine) 2005, s.489.

¹¹ BASEDOW, Universal Doctrine, s.489.

¹² BASEDOW, Universal Doctrine, s.489.

kuralları tarafından kendilerine işaret edildiği ölçüde yol gösterici olmaktadır. Bilindiği üzere borçlar hukukunun ticaret hayatını en çok etkileyen ve uygulama alanı bulan kuralları da genellikle sözleşme hukuku alanındaki kurallardır. Bu bağlamda sözleşmeler hukuku alanında ulusal hukuk düzenlerinin birbirinden farklılığı ise sınır aşan, yani, uluslararası karakter taşıyan her hukuki işlem açısından bir güçlük teşkil etmektedir. Sözleşme serbestisi ilkesi çerçevesinde sözleşmelerin söz konusu ticari ilişkilerin hukuki boyutunu yönettiği düşünülebilirse de, çoğu zaman sözleşme hükümleri ile söz konusu ticari ilişkinin tüm boyutlarının eksiksiz bir biçimde düzenlenebilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla sözleşmenin ne tür ihtilaflar doğurabileceğini mutlak olarak öngörmek mümkün olmamakta ve milletler arası nitelikteki akitlerde ihtilafın nasıl çözüleceği genelde meçhul kalmakta ya da tacir ve vekili için yabancı hukukun bilinmezliği içinde karmaşılaşmaktadır. Bu tür bir belirsizliğin ve karmaşıklığın ticari hayatı her yönden olumsuz etkileyeceği ortadadır. Bu olumsuzluğun olası sonuçlarından en belirgin olanı, tacirin hukuk düzenini bilmediği ülke ile ticaretini sınırlı tutmasıdır. Bunu aşabilmek için sözleşmeden doğması ihtimali olan tüm ihtilaflara ilişkin sözleşmeye özel maddeler eklenebileceği düşünülse bile bu ihtimalin beraberinde getireceği masraflar; buna harcanması gereken zaman, işlem maliyetini ciddi bir şekilde artıracaktır¹³.

Yukarıda açıklanan olgusal durumlar modern hukuk doktrinini hukukun- özellikle de borçlar hukukunun- uyumlaştırılması kavramı ile karşı karşıya bırakırken hukukçuları da söz konusu olgusal gerçekliğe teorik bir alt yapı hazırlamak durumunda bırakmaktadır. Bu noktada genel anlamıyla hukukun birleştirilmesi ve daha teknik olarak ise yeknesaklaştırma-*unification* ve uyumlaştırma-*harmonization* kavramları ortaya çıkmaktadır.

¹³ ATAMER, Yeşim, Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, İstanbul, 2005, s.11.

Bu aşamada hukukun uyumlaştırılması, yeknesaklaştırılması/birleştirilmesi kavramlarını incelerken hukukun uyumlaştırılması-*harmonization* ile yeknesaklaştırılması/birleştirilmesi-*unification* kavramlarının birbirinden ayrıldığı noktalara işaret etmek gerekir. İlk olarak hukukun birleştirilmesi-*unification* kavramına verilen birbirinden farklı anlamlar olduğunu belirtmek gerekir. Bir görüşe göre, “iki ya da daha fazla ülkenin ortaklaşa hazırladıkları ve hukukun yeknesak hale getirilmesi ve bu yeknesaklığın gelecekte de sürdürülmesine yönelik bir niyetle yeknesak kuralları (*uniform rules*) iç hukuklarına aktarmaya yönelik giriştikleri ortak bir davranıştır”¹⁴. Bir diğer görüş ise yeknesaklaştırma kavramını uluslararası özel hukuk (kanunlar ihtilafı) kurallarının yerini alabilecek ve söz konusu belgelere taraf olan devletlerin iç hukuklarına aktardıkları kurallar olarak algılamaktadır ¹⁵ . Uluslararası düzeyde hukukun yeknesaklaştırılmasına yönelik çabalar genellikle bağlayıcı araçlarla yapılmaya çalışılmıştır. Bunları uluslar üstü düzeyde yasama, uluslararası konvansiyonlar ve model kanunlar olarak sıralamak mümkündür¹⁶.

Yukarıda anılan tanımları göz önünde bulundurduğumuzda her ikisinde de yeknesaklaştırma/*unification* kavramının tarifinde öne çıkan özelliğin yeknesaklaştırma bakımından iç hukuka aktarılan ‘bağlayıcı kurallar’ koyma gerekliliğinin var olduğu anlaşılmaktadır. Yani, hukukun birleştirilmesi/yeknesaklaştırılması denildiğinde ‘kanunlaştırma/*legislation*’ anlaşılmaktadır¹⁷. Bu görüşe göre, yeknesaklaştırma, ancak kanun koyucu organların faaliyetleri ile gerçekleştirilebilecektir.

¹⁴ MATTEUCI, agm, s.287. (Matteuci, UNIDROIT enstitüsünün Genel Sekreterliği görevinde bulunmuştur.)

¹⁵ BASEDOW, Jürgen: “Uniform Law Conventions and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts” (Uniform Law); Unified Law Review, Vol:5, 2000, s.129.

¹⁶ BONELL, Michael Joachim: “Unification of Law by Non-Legislative Means: The Unidroit Draft Principles for International Commercial Contracts”; Am. J. Comp. L., 1992, Vol.40, s.617(*Unification*)

¹⁷ KALWEİT, Dominik: “Towards A European Contract Law: For A Prosperous Future of International Trade”; Victoria University of Wellington Law Review , August, 2004, 280 “It is hardly denied that solving the current problems cannot be left to the market alone. The development of non-

Diğer taraftan yeknesaklaştırma kavramında var olan bağlayıcılığın ortaya çıkardığı sakıncalar dikkate alındığında yeknesaklaştırma ile ulaşmak istenen amaca, uyumlaştırma ile de ulaşılabilir olmasının, bağlayıcılıktan uzak ve kanunlaştırma dışındaki metotların savunulmasına yol açmıştır¹⁸. Bu bağlamda, hukukun uluslararası düzeyde yeknesaklaştırılmasına yönelik çalışmaların kanunlaştırma biçiminde (*legislative*) yapılmasının sakıncalarına değinen BONELL, bu kuralların yapısal olarak parçalı bir görünüm arz ettiğini belirtmektedir. Ayrıca, söz konusu kuralların iç hukuk tarafından tamamlanmaları gerektiği düşünüldüğünde, yasama-dışı yollarla yeknesaklaştırmanın olması veya yeknesaklaştırmadan ziyade uyumlaştırmaya yönelik bir çaba içine girilmesi gerektiğini ifade etmektedir¹⁹. BONELL'in bu ifadesi, daha sonra UNIDROIT tarafından çıkarılan Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin İlkeler'in giriş bölümünün ilk paragrafında yer almıştır²⁰.

Hukukun yasama-dışı metotlarla uyumlaştırılması gerektiğini savunanlar, ilgili meslek kuruluşları tarafından söz konusu sözleşme tipleri için mevcut ticari uygulamalara göre düzenlenecek 'model klot' lar ve anlaşmalar vasıtası ile "uluslararası ticari örf" ün geliştirilmesini önermektedir²¹. Bu tanımlama büyük ölçüde *lex mercatoria*²² ya işaret eder. Nitekim hukuk uyumlaştırmasının bağlayıcı olmayan kurallar vasıtasıyla yapılması yolundaki ilk örnek olan ve aşağıda ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz, Milletler Arası Ticari Sözleşmelere İlişkin İlkeler (*Principles*

binding contract law principles is seen as mostly ineffective, but because such principles would not be mandatory, such developement is rarely opposed"; OĞUZ, Arzu: "Hukuk Eğitimi ve Karşılaştırmalı Hukuk"; Yasa Hukuk Dergisi, Eylül-Ekim 2004(Hukuk Eğitimi), S.256, s. 37.

¹⁸ Bkz., BONELL, Unification; ROSETT Arthur: "The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: A New Approach to International Commercial Contracts" (*A new approach*); Am. J. Comp. L., 1998, Vol. 46, s. 348

¹⁹ BONELL, Unification, s. 617.

²⁰ ROSETT, A new approach, s.348, dn.3 'den naklen.

²¹ Ayrıntı için Bkz, SCHMITTHOFF, C.M: "The Unification or Harmonization of Law by Means of Standard Contracts and General Conditions, Report to the IV th Meeting of Organizations concerned with the Unification of Law" (*Report on IVth meeting*), UNIDROIT, Yearbook 1967-1968, s. 93

²² Lex Mercatoria/Law Merchant, ortaçağ Batı Avrupa'sında filizlenmiş ve devlet müdahalesinden uzak bir şekilde kendiliğinden şekillenmiş örf-adet hukukuna ilişkin bir yapıyı ifade eder. Ayrıntılı bilgi için Bkz; SATTAR, İmtiyaz M: "The UNIDROIT Principles Of International Commercial Contracts and the Vienna Sales Convention: Competing or Completing 'Lex Mercatoria'?" ; Int'l Trade & Buss. L. Ann, 1999, Vol.4, pp.13-30.

on *International Commercial Contracts*) ‘in uygulama alanına işaret edilen giriş bölümünde ²³ kuralların, sözleşen tarafların sözleşmelerinde *lex mercatoria*’ya göndermede bulunduklarında da uygulama bulacağı belirtilmektedir.

Yukarıda, uluslararası düzeyde hukukun uyumlaştırılmasına yönelik tartışmaların, olgusal alt yapısını açıklarken işaret ettiğimiz üzere, uluslararası düzeyde ticari hayatı düzenleyen kurallar, günümüzün hızla gelişen ticaret hayatına uyum sağlayamamaktadır. Sınır aşan sözleşmeler, içerik olarak birbirinden oldukça farklı olan ve bu anlamda uluslararası ticaretin özel bazı ihtiyaçlarına tam anlamıyla cevap veremeyen ulusal hukukların uygulama alanı içinde kalmaktadır. Bazı ülkelerin yerel hukukları dikkate alındığında, yasal kaynaklara ulaşmanın zorluklarının bir sonucu olarak çoğu zaman, söz konusu uyuşmazlık için önerilen çözümün ne olduğunun belirlenmesi neredeyse imkânsız olmaktadır²⁴. Halihazırda bu sorunların nasıl çözüldüğü hususu, uyumlaştırmaya duyulan ihtiyacı ortaya koymak bakımından önemlidir.

III. KANUNLAR İHTİLAFI KURALLARI VE HUKUKUN UYUMLAŞTIRILMASI

Bilindiği üzere, uluslararası sınır aşan sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların çözüm yöntemi ile ilgili klasik yaklaşım, uyuşmazlıkların kanunlar ihtilafı kuralları tarafından çözülmesini öngören kanunlar ihtilafı yaklaşımıdır. Kanunlar ihtilafı kuralları, birden fazla ulusal hukuk nizamıyla temas halinde bulunan uyuşmazlıklara hangi devletin hukukunun uygulanacağını tespit eden ve ulusal hukukun bir parçası

²³ PICC Preamble: “These Principles set forth general rules for international commercial contracts. They shall be applied when the parties have agreed that their contract be governed by them. (*) They may be applied when the parties have agreed that their contract be governed by general principles of law, the *lex mercatoria* or the like. They may be applied when the parties have not chosen any law to govern their contract. They may be used to interpret or supplement international uniform law instruments. They may be used to interpret or supplement domestic law. They may serve as a model for national and international legislators.”

²⁴ BONELL, Michael Joachim: “The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: Why? What? How?” (UNIDROIT); Tulane Law Review; 1994-1995, Vol.69, s. 1123.

olan kurallardır²⁵. Buna göre, düzgün işleyen bir kanunlar ihtilafı kuralları mekanizmasının veya güvenilir bir tahkim sisteminin kişileri sınır aşan ticaret yapmaya ikna etmek için yeterli olduğu düşünülmektedir²⁶. Kanunlar ihtilafı yaklaşımına göre, taraflar, sözleşmelerine hukuk seçimine ilişkin bir kural ekleyebilir ya da kanunlar ihtilafı kurallarının yetkili hukuku tespit etmesine mücadele edebilirler. Bu hukuk seçimi kuralı, tahkime ilişkin bir kuralı da içererek yetkili tahkim kurulunun yargılama yetkisini tesis edebilir. Bu noktada, tahkim kararlarının da mahkeme kararları kadar etkili olduğunu belirtmek gerekir. Zira hakem kararları, New York Konvansiyonu gereğince, uluslararası düzeyde icrai niteliktedir²⁷. Kanunlar ihtilafı yaklaşımına göre, bu mekanizmaların doğru işlemlerini sağlamanın, tek başına, ulusal hukukların çeşitliliğinden kaynaklanan sorunları ortadan kaldıracığı ve zamanla çeşitliliğin kendiliğinden yok olacağı ileri sürülmektedir²⁸.

Bu bağlamda, milletlerarası nitelik taşıyan sözleşmelerin farklı yerel hukuklar tarafından yönlendirilmesi olgusunun, kaçınılmaz olarak kanunlar ihtilafı sorunlarını ortaya çıkaracağını kabul edersek, her somut olay için sözleşme ile irtibatı olan ve birbirinden farklı bu yerel hukuklardan hangisinin nihai olarak sözleşmeyi yönlendireceğini tespit etmek gerekmektedir. Bu durumun ortaya çıkaracağı en temel belirsizlik ise ortadadır: Milletlerarası özel hukukun ulusal karakteri nedeniyle tarafların sözleşmelerine uygulanacak hukuk, yetkili mahkeme belirlenene kadar belirsiz olacaktır. Tarafların hukuk seçimi yapmadıkları durumlarda, yetkili mahkeme, bu kanunlar ihtilafı kuralları çerçevesinde tespit edilebilse bile, belirlenen mahkemenin kendi ulusal kanunlar ihtilafı kurallarının yönlendirmesi doğrultusunda, aynı sözleşmeye X devletinin hukuku veya Y devletinin hukukunun uygulanması söz

²⁵ NOMER/ŞANLI, s. 4-5

²⁶ CARUSO, Daniela: "The Missing View of the Cathedral: The Private Law Paradigm of European Legal Integration", 3 Eur LJ 3, 1997, s. 19.

²⁷ Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (10 June 1958) 21 UST 2517; 330 UNTS 38.(Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında New York Konvansiyonu)

²⁸ CARUSO, s. 20.

konusu olabilmektedir²⁹. Bu noktada kanunlar ihtilafı kurallarının, her ülkenin iç hukuk sisteminin bir parçasını oluşturduğu ve her ülkenin kendi düzen menfaatleri çerçevesinde uygulama bulduğunu tekrar etmekte fayda vardır³⁰. Dolayısıyla, sözleşmeye uygulanacak hukuk, yargısına başvurulacak ülkeye göre değişecek, böylelikle sözleşmenin kaderinin de bu ülke hukukuna belirlenmesi sonucu ile karşı karşıya kalınacaktır. Bu ise, ticari hayatta, öngörülebilir olmaktan uzak ve hukuki güven telkin etmeyen bir sonuç doğuracaktır. Bu durum, milletlerarası düzeyde birbirinden farklı uygulamalara yol açmakta ve bu da hukuki güvenliğin aleyhine bir durum oluşturmaktadır³¹.

Diğer taraftan, kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanmasından yana olan geleneksel paradigma, esasında mahkemenin hukukunun hangi hallerde uygulanacağını tespit etmekle kalmaz; aynı olay için hangi durumlarda yabancı hukuklara başvurulacağını da tespit eder³². Bununla birlikte uygulamada uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözümünde, hâkimlerin kendi hukuklarını uygulama temayülü içinde bulunduklarını söylemek mümkündür.

Bu noktada, hukuki güvenliğin sağlanabilmesi bakımından kanunlar ihtilafı kurallarında yeknesaklaştırmaya gidilmesi, bir çözüm metodu olarak düşünülmüş ve savunulmuştur³³. Bu alanda, uluslararası düzeyde birçok çalışma³⁴ mevcut olmakla

²⁹ BONELL, UNIDROIT, s.1223.

³⁰ Örn. MÖHUK m.5.

³¹ Örneğin tarafların sözleşmelerine uygulanacak hukuku belirleyebilmeleri anlamına gelen irade serbestisi ilkesi birçok hukuk düzenince kabul edilmiş olmasına rağmen hukuk seçiminin sınırları şekli ve kapsamı bakımından büyük farklılıklar gözlenmektedir. Özellikle *common law* ülkeleri ile *civil law* ülkeleri farklı yöntemlerden hareket etmektedirler. *Common Law* ülkeleri “ihtilaf” halindeki kanunlardan hukuki ilişkiyle en çok irtibata sahip olanı belirleyebilmek için bağlama noktalarını nitelikleri bakımından tek tek değerlendirerek esnek bir yöntem benimserken, *Civil Law* ülkeleri objektif bağlama noktalarından birini tercih ederek esnek olmayan bir yöntemi benimsemektedirler. Aynı şekilde bazı ülkeler objektif irtibat olarak ifa yerini, bazıları sözleşmenin yapıldığı yeri ve bazıları ise satıcının ikametgâhı gibi farklı bağlama noktalarını kabul etmişlerdir.

³² DE LY, Filip: “Emerging New Perspectives Regarding Lex Mercatoria in an Era of Increasing Globalization”, *Festschrift für Otto Sandrock zum 70. Geburtstag*, s.180

³³ TIRYAKIOĞLU Bilgin: *Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk*, Ankara, 1996, s. 95.

birlikte bu çalışmalar içinde Roma Konvansiyonu özel bir öneme sahiptir³⁵. Konvansiyonun Avrupa Ekonomik Topluluğu bünyesinde hazırlanmış olması ve sözleşmesel ilişkiler alanındaki kanunlar ihtilafı kaidelerini yeknesaklaştırmaya yönelik bir çalışma olması, onun, uygulama alanının genişliği ve etkinliği bakımından önemini artırmaktadır. Zira uluslar üstü nitelikteki bu topluluğun mevzuatının, iç hukuka aktarılması, diğer konvansiyonlara ve uluslararası sözleşmelere nazaran daha kolay görünmektedir.

Yeknesaklaştırmaya yönelik bu çalışmalara, maddi hukuk kurallarından değil de kanunlar ihtilafı kurallarından başlanılmasının sebebi hakkında birçok fikir ileri sürülmüştür³⁶. Bu sebepler arasında, en baskın olanı, hiç şüphesiz, birbirlerine az çok benzeyen kanunlar ihtilafı sistemine sahip ülkeler için bu kuralların yeknesaklaştırılmasının, maddi kurallar yaratılmasına nazaran daha kolay olacağı ve Konvansiyonu kabul eden devletlerin iç hukuk mevzuatlarında daha az değişiklik yapmaları gerekeceğidir. Üstelik maddi hukuk kurallarının uyumlaştırılmasının

³⁴ Burada sözleşmeler hukuku konu edilmekte olduğundan sözleşmeler hukuku alanındaki yeknesaklaştırma çalışmalarını zikretmeyi konumuz açısından yeterli görmekteyiz:

- Maddi Taşınır Malların Uluslararası Satımına Uygulanacak Hukuk Hakkında 15 Nisan 1955 Tarihli La Haye Konvansiyonu;
- Maddi Taşınır Malların Satımında Mülkiyetin Devrine Uygulanacak Hukuk Hakkında 15 Nisan 1958 Tarihli La Haye Konvansiyonu;
- Ürün Sorumluluğuna Uygulanacak Hukuka İlişkin 2 Ekim 1973 Tarihli La Haye Konvansiyonu;
- Aracılık Sözleşmeleri ve Temsile Uygulanacak Hukuk Hakkında 14 Mart 1978 Tarihli La Haye Konvansiyonu;
- Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkında 19 Haziran 1980 Tarihli AET Konvansiyonu (Roma Konvansiyonu);
- Taşınır Malların Uluslararası Satımına Uygulanacak Hukuk Hakkında 22 Aralık 1986 Tarihli La Haye Konvansiyonu.

³⁵ Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkında 19 Haziran 1980 tarihli AET Konvansiyonu; 80/ 934/ EEC, se OJEC 9 Oct 1980, No L 266/1.; Konvansiyonun Türkçe metni için Bkz, EKŞİ, Nuray, Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Konvansiyon, MHB, Y.17-18. S.1-2, s.163 vd.

³⁶ TİRYAKİOĞLU, s. 135, dn.486.

birçok rahatsızlığa sebebiyet vereceği, yeknesaklaştırılmış maddi hukuk kurallarının benimsenmesinin ise uzun bir süreç gerektireceği de düşünülmektedir³⁷.

Kanunlar ihtilafı alanındaki yeknesaklaştırma çabalarının, sınır aşan ticaret bakımından güvenlik sorunlarını bir ölçüde çözebileceği düşünülebilirse de bazı noktalarda ulusal düzenlemelere uygulama alanı bırakmış olmasından dolayı tek başına çözüm getirmeye yeterli olmadığı ileri sürülmüştür. Bu noktada Roma Konvansiyonu örnek olarak verilebilir. Konvansiyonun 3. maddesi taraflara hukuk seçimi konusunda yetki vermektedir. Bu durum âkit tarafın sözleşmesine hangi durumda kendi hukukunun uygulanacağı, hangi durumda da yabancı hukukun uygulanacağını bilme hususunda bir imkan tanımaktadır. Bununla birlikte hukuk seçimi bu durumda bile taraflar açısından uygulanacak hukuk normu konusunda kesinlik sağlamamaktadır. Hukuk seçiminin bulunmadığı hallerde ise hangi hukukun uygulanacağı konusunda bir kesinlik zaten bulunmamaktadır³⁸. Ayrıca bilinmeyen yabancı bir hukukun uygulanması kapısı açık bırakılmakta olduğundan tacirler için yukarıda bahsetmiş olduğumuz sorunlar aşılamayacaktır. Uluslararası düzeyde kanunlar ihtilafı kurallarını yeknesaklaştırmaya yönelik olan Roma Konvansiyonu örneğinde görüldüğü gibi, kanunlar ihtilafı kuralları sözleşmeye herhangi bir hukuk düzenindeki herhangi bir kuralın uygulanmasına olanak vermekte olduğundan ‘karanlığa atlama’ olarak değerlendirilmektedir³⁹.

Kanunlar ihtilafı kurallarının yabancı hukuka işaret etmesi durumunda yabancı hukukun tam olarak tespit edilebilir olması gerekmektedir. Bu belirleme mahkemenin yabancı hukukun kaynaklarına ulaşabilir olduğu durumlarda

³⁷ AYGÜL, Musa, Avrupa Topluluklarında Akitten Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Sözleşmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 1999, s 20.

³⁸ LANDO, Ole: "Some Features of the Law of Contract in the Third Millenium" (*Contracts in the 3rd Millenium*), <http://www.cbs.dk/departments/law/staff/ol/commission_on_ecl/literature/lando01.htm> <son erişim t. 2.04.2007>

³⁹ LANDO, Contracts in the 3rd Millenium, dn 9’da Alman Yazar Ernst Raape’den alıntılıdığı bu kavramı ‘jump into darkness’ olarak aktarmaktadır, s. 349.

mümkündür. Genelde, aynı hukuk çevrelerine mensup devletler arasında ve aynı dilin konuşulduğu yerler açısından bu belirlemeyi yapmak diğerlerine nazaran daha kolaydır. Bir İngiliz mahkemesi İrlanda hukukuna ulaşma konusunda güçlük çekmeyeceği gibi, Alman mahkemesi de Avusturya hukukuna ulaşma konusunda güçlük çekmez. İki devlet arasında ticaretin yoğun olduğu ve uyuşmazlıkların ve yargılamanın sık olduğu durumlarda -Almanya ve Hollanda arasında olduğu gibi-, sorun çözme yöntemi, zaman içinde geliştiğinden hukukçular ve mahkemeler kaynaklara ulaşma konusunda zorlanmazlar. Ancak, yine de, bu durum belirli bir zamanı ve çabayı gerektirecektir. Yabancı hukuk konusunda iyi bir bilgiye sahip olursa dahi, kuralı tam olarak tespit etmek güç olacaktır⁴⁰. Örneğin, Fransız hukukuna göre, taraflar aksini kararlaştırmadıkları sürece, sözleşmenin ifa edilmemesinden zarar gören tarafın sözleşmeyi sona erdirebilmesi için mahkemeye başvurması gerekmektedir: “*La resolution doit être demandée en justice*”, (Bkz *Code Civile /FMK, m. 1184 (3)*). Mahkemenin böyle bir durumda uygulayacağı kurallar da Fransız mahkemeleri tarafından geliştirilmiştir. Böyle bir durumda bu kuralı (m.1184) uygulayacak mahkemenin kendisini Fransız mahkemesinin yerine koyarak karar vermesi güçlük yaratabilecektir⁴¹.

Kanunlar ihtilafı kuralları tarafından işaret edilen hukukun yabancı bir hukuk çevresine mensup bir hukuk olması durumunda, ilgili kuralın içeriği konusunda sağlıklı bilgi edinebilmek, çoğunlukla maliyetli, zaman tüketen, ağır bir süreç olacaktır. Bu zorluklar, söz konusu devletin dilinin bilinmemesi durumunda daha da artmakta ve yabancı hukukun bir takım belirsizlikler ve çelişkiler içermesi durumunda içinden çıkılmaz bir hal almaktadır. LANDO, *Max Rheinstein*’ın yapmış olduğu bir araştırmanın sonuçlarını şöyle aktarmaktadır. “Amerikan mahkemelerinin yabancı hukuku uyguladıkları 40 dava üzerinde yaptığı araştırmada Rheinstein, bu

⁴⁰ LANDO, *Contracts in the 3rd Millenium*, s.349.

⁴¹ Bkz, LANDO, *Contracts in the 3rd Millenium*, dn 10.

davalardan 32'sinde yabancı hukukun yanlış bir biçimde uygulandığını; 4 davada verilen kararlardan çıkan sonuçların fazlasıyla muğlak olduğunu; 4 davada ise yabancı hukukun -tesadüf eseri olarak- doğru bir biçimde uygulandığını tespit etmiştir”⁴².

Yabancı hukukun tespit edilmesindeki bu güçlük, birçok yasal sistemde, kendisine yabancı hukukun uygulanmasını isteyen tarafın, dava esnasında bunu talep etmesi gerektiği ve çoğu zaman yabancı hukukun mahkemeden talep etmekte olduğu sonucu sağladığını kanıtlaması gerektiği kuralının benimsenmesini de beraberinde getirmiştir⁴³. *Common Law* ülkelerinde taraflar, genellikle bu durumlar için bilirkişi tanık dinletme yöntemini tercih etmektedirler⁴⁴. Yargılamanın yapıldığı mahkemenin yabancı hukukun usul kurallarına ya da belli başlı kurumları ile yakın ve fakat farklı çözüm yöntemleri benimseyen kuralları olduğunda yabancı kural ile yargılamayı yapan mahkemenin kuralını birbirine uygun hale getirmek oldukça güç olmaktadır. Örneğin; bir Kıta Avrupa'sı Mahkemesi *Common Law* da *equity* içinde yer alan “aynen ifa /*specific performance*” ile ilgili kuralları uygulamakta güçlük çekecektir⁴⁵. Bu durum doğal olarak mahkemeleri *lex fori* yi uygulamaya itmektedir. LANDO'ya göre, ‘mahkemeler kendilerini somut olay adaletini sağlamak konusunda görevli hissetmektedirler; dahası, bu durum onlar için kanunlar ihtilafı kurallarının soyut adaletini sağlamaktan çok daha önemlidir’. Bu sonuca ulaşmak içinse genellikle zımni yöntemler uygulanmaktadır ve bu durum, kanunlar ihtilafı kurallarının sağlaması beklenen öngörülebilirliğe zarar vermektedir⁴⁶.

⁴² LANDO, Contracts in the 3rd Millenium, s.350, Lando, bu araştırma için *Materialien zum ausländischen und internationalen Privatrecht 10. Die Anwendung ausländischen Rechts im internationalen Privatrecht*, 1968, 187'ye referans vermektedir. Bkz. dn.13.

⁴³ LANDO, Contracts in the 3rd Millenium, s.348, dn.12.

⁴⁴ LANDO, Contracts in the 3rd Millenium, s. 350.

⁴⁵ LANDO, Contracts in the 3rd Millenium, s. 350. Aynen ifa ile ilgili olarak Common Law ve Kıta Avrupa'sı arasındaki farklılık için Bkz. Aşa.III.B.1.b.

⁴⁶ LANDO, Contracts in the 3rd Millenium, s. 351. Lando, bu yöntemlere örnek olarak 20. yy başlarında İngiliz, Alman ve Fransız mahkemelerinin, tarafların açık hukuk seçiminin sözleşmeden

Kanunlar ihtilafı alanındaki yeknesaklaştırma çalışmalarının bu sorunları gidermekte etkili sonuçlar verip vermediği sorusu bağlamında, Roma Konvansiyonu'nun sözleşmeden doğan borçlara uygulanacak hukukun tespiti hususunda bir disiplin yaratıp yaratmadığı önem kazanmaktadır.

Diğer ulusal kanunlar ihtilafı kuralları gibi Roma Konvansiyonunun da uluslararası ticari pazarda Avrupa düzeyinde de olsa yasal bütünlüğü sağlayamadığı söylenmektedir⁴⁷. Kanunlar ihtilafı kurallarındaki bu eksiklik özellikle Roma Konvansiyonu veya benzeri bir uluslararası düzenlemeye taraf olmayan devletler bakımından daha ciddi sıkıntılar oluşturmaktadır.

Sonuç olarak, kanunlar ihtilafı kurallarının yeknesaklaştırılması yasal entegrasyon ve bütünleşme için oldukça zayıf bir araçtır. Dünya çapında gelişen ve büyüyen ticari ilişkiler ve Avrupa Birliği gibi ekonomik birlikler içinde artan ticaret, yüz yıl öncesine nazaran daha çetrefilli hukuksal sorunların ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Hukukun yeknesaklaştırılmasına yönelik bir ihtiyacın savunucularına göre, bu sorunu çözenin yegâne yolu, kanunlar ihtilafı kurallarının uygulama alanını daraltmaktır. Bu sonuca ise ancak maddi hukuk kurallarının yeknesaklaştırılması ile ulaşılabilecektir.

IV. UYUMLAŞTIRMA METODU

Bu noktada akla bu tür bir yeknesaklaştırmanın gerçek anlamda mümkün olup olmadığı sorusu gelebilecektir. Dünya üzerinde var olan ve birbirinden farklı

anlaşılamadığı durumlarda, farazi hukuk seçimi kuralını uygulamalarını göstermektedir. Ayrıca, davaların çoğunda tarafların bir anlaşmaya varmış olsalardı hangi hukuku seçecekleri meselesinin anlaşılmasının neredeyse imkansız olduğunu; bu varsayımın tamamen bir kurguya dayanmakta olduğunu ve neticede mahkemelerin çoğunlukla *lex fori*'nin yetkili olduğuna karar verdiklerini, sonuç olarak bu kuralın 'vitrin süslemesi'nden ibaret olduğunu belirtmektedir

⁴⁷ LANDO, Contracts in the 3rd Millenium. S.359.

hukuk ailelerine mensup olan hukuk çevreleri⁴⁸ nasıl olacak da borçlar hukuku alanında bir örnek yeknesak kuralları kabul edecektir? Özellikle hukuk dilindeki farklılık ve farklı hukuk ailelerine mensubiyet yeknesaklaştırma önündeki büyük engellerdir.

Hukukun yeknesaklaştırılmasının mümkün olup olmadığına verilen cevap yeknesaklaştırma algısının sınırlarına göre farklılık gösterebilir. Henüz, Dünya çapında bir yeknesaklaştırmanın var olduğundan veya olabileceğinden bahsedilmemekle birlikte; araştırmamızda da konu edindiğimiz gibi, çeşitli ticari örgütler ve ekonomik siyasi birlikler bünyesinde yeknesaklaştırma faaliyetlerinin sürdürüldüğü söylenebilir. Dolayısıyla yeknesaklaştırma metodundan ve ortaya çıkan zorluklardan kısaca bahsetmekte fayda vardır.

Yeknesaklaştırma faaliyetinin kapsamını belirlerken iki temel kıstastan yola çıkmak mümkündür. İlki, yeknesaklaştırılacak konularla ilgilidir. Yeknesaklaştırılacak konuların seçiminde iki faktörün göz önünde bulundurulması gerektiğinden bahsedilmektedir. Öncelikle, söz konusu yeknesaklaştırılacak konuda bir yeknesaklaştırmanın gerekli olması; hiç değilse faydalı olması, beklenmektedir⁴⁹. Aksi takdirde, kuralların yeknesaklaştırılması için çaba harcamak gereksiz olacaktır. Bu anlamda gerekliliği belirleyen husus ise, söz konusu alanda yapılacak yeknesaklaştırmanın uluslararası ilişkileri geliştirme yolunda bir avantaja dönüşebilmesidir. Hukukun bazı alanları vardır ki, -örneğin, aile hukuku, miras hukuku, eşya hukuku gibi; bu alanlarda yapılacak bir yeknesaklaştırma veya uyumlaştırma çalışmasının uluslararası ilişkiler bakımından bir ilerlemeyi ya da gelişmeyi teşvik ettiğinden bahsedilemez⁵⁰. Diğer taraftan ticaret hukukunda,

⁴⁸ Dünya üzerindeki birbirinden farklı hukuk çevreleri ile ilgili ayrıntılı bilgi için Bkz. OĞUZ, Karşılaştırmalı Hukuk, tüm eser.

⁴⁹ MATTEUCCI, s. 288.

⁵⁰ Bununla birlikte bugün Avrupa Birliği düzeyinde aile hukukuna ilişkin uyumlaştırma çalışmalarının varlığını da göz ardı etmemek gerekir.

sözleşmeler hukukunda, haksız fiil hukukunda bir yeknesaklaştırma faaliyetinin yararlı sonuçlar doğuracağı ortadadır. Bu durum özellikle uluslararası taşımacılık alanında hava taşımacılığı, deniz taşımacılığı ve kara yolu taşımacılığı alanında önemini göstermekte ve yeknesaklaştırma ve uyumlaştırma faaliyetleri en çok bu alanda başarıya ulaşmaktadır.

Yeknesaklaştırma faaliyetinin kapsamının sınırlandırılmasında ikinci önemli husus da yeknesaklaştırmanın mümkün olup olmadığının belirlenmesidir ⁵¹ . Birbirinden farklı hukuk sistemlerinde öyle birbirinden farklı konular vardır ki, yeknesaklaştırılması veya uyumlaştırılması neredeyse imkânsızdır. Dolayısıyla farklı hukuk sistemlerinde uyumlaştırılacak kavramların belirlenmesi titiz bir karşılaştırmalı hukuk çalışmasını gerektirmektedir. Karşılaştırmalı hukukun uyumlaştırma faaliyetlerindeki rolüne ileride ayrıntılı olarak değinecek olduğumuzdan şimdilik bu kadarını söylemekle yetineceğiz.

Yeknesaklaştırmanın kapsamını belirlemede üçüncü önemli husus ise, yeknesaklaştırma faaliyetinin yapılacağı coğrafi alanla ilgilidir. Bilindiği üzere, uluslararası düzeyde yeknesaklaştırmanın yanı sıra, yerel veya bölgesel ve hatta Amerika Birleşik Devletlerinde olduğu gibi eyaletler arası yeknesaklaştırma çalışmaları da yapılmaktadır. Bunun yanı sıra, evrensel düzeyde uygulanmayı hedefleyen ve hiçbir bölgesel sınırlama öngörmeksizin yapılan bir örnek kuralların varlığı da bilinmektedir⁵². Yeknesaklaştırma faaliyetlerinin kapsadığı coğrafi alan konusu esasında yeknesaklaştırmanın derecesini tespit bakımından önem arz eder.

⁵¹ MATTEUCCI, s. 288.

⁵² Hukukun yeknesaklaştırılmasına yönelik faaliyetleri amaçları arasında belirten bir çok uluslararası organizasyon vardır ve bu uluslararası organizasyonlar bünyesinde yürütülen yeknesaklaştırma çalışmaları bulunmaktadır. Örneğin, hukukun birleştirilmesi için özel bir komisyon oluşturan Birleşmiş Milletler, Uluslararası Havacılık Örgütü(ICAÖ), Belçika'da kurulan ve deniz hukukunun yeknesaklaştırılmasında faaliyetler yürüten Uluslararası Denizcilik Komitesi, Uluslararası İş Örgütü (ILO), Kara Avrupa'sında Avrupa Birliği, olduğu gibi, Asya ve Afrika'da Asya-Afrika Yasal Danışmanlık Komitesi düzenli olarak her yıl toplanmakta hukukun yeknesaklaştırılması alanındaki problemleri ele almaktadır.

Zira evrensel düzeyde ve bir kanunlaştırma faaliyetinin ürünü olarak yeknesaklaştırma en azından şimdilik mümkün görünmemektedir⁵³. Esasında yeknesaklaştırmanın yasal düzeyde yapılmasında ortaya çıkan engeller yukarıda da bahsetmiş olduğumuz gibi hukukçuların uyumlaştırma gibi daha ılımlı ve esnek kavramlara yönelmesi sonucunu doğurmuştur⁵⁴.

Bu bağlamda, yeknesaklaştırma yöntemi ile ilgili olarak bir hususa daha açıklık getirmekte fayda vardır. Birbirinden farklı hukuk kurallarının yeknesak hale getirilmesi aşamasından sonra ortaya çıkabilecek bir sorun da yeknesaklaştırılan bu hukukların bir örnek olma özelliklerinin muhafazası ile ilgilidir. Birbirine benzer hale getirilen kurallar veya uluslararası anlaşmalar ile kabul edilen bir örnek kuralların uygulanması ve yorumlanmasında ulusal hukukların etkisini ortadan kaldırmak mümkün değildir. Yani, bir devlet, üyesi olduğu uluslararası organizasyon tarafından kabul edilen bir örnek kuralları kabul etse dahi veya tarafı olduğu uluslararası anlaşmadaki kuralları iç hukukuna aktarmış olsa da bu kuralların aynı biçimde uygulanacağını garanti etmek mümkün olmadığı gibi zaman içinde farklı yorumların oluşacağı da ortadadır. Bu durumda yeknesaklaştırılan kuralların bu “bir örnek”liğinin muhafazasının da oldukça güç olduğu görülmektedir. Yorumda ortaya çıkan bu ulusal farklılıkların yaygınlaşması durumunda yeknesaklaştırmanın bir etki doğurmayacağı ileri sürülmektedir⁵⁵.

Birleşmiş Milletler tarafından kurulan Unidroit Komisyonun genel sekreterliğini yürütmüş olan Mario MATTEUCCI’ye göre yeknesaklığın muhafazası için birbirinden farklı yöntemler uygulanabilir. Bunlar arasında uluslararası anlaşmaların hiçbir kuşkuya ve yorum farklılığına mahal vermeyecek şekilde

⁵³ Yine de Avrupa Birliği düzeyinde bir Medeni Yasa-Borçlar Yasası hazırlığının varlığı yadsınmamaktadır. Bu durum yeknesaklaştırma konusunda Avrupa Birliği’nin uluslararası örgütlenmesi ile birlikte değerlendirildiğinde, örgütün nihai entegrasyon amacına ulaşması için gelinen son nokta olarak da değerlendirilebilir.

⁵⁴ Bu konuda verilecek en güzel örnekler, çalışmamızın da konusunu teşkil eden PICC ve PECL’dir.

⁵⁵ MATTEUCCI, s. 288.

ayrıntılı olarak düzenlenmesi öngörülmektedir. Ancak bu yöntemin özellikle birden fazla dilde hazırlanan uluslararası anlaşmalarda farklı dillerden kaynaklanan yorum farklılıklarının önüne geçilememesi nedeniyle mümkün olmadığı görülecektir. Bir diğer yöntem ise, uluslar-üstü nitelikte bir yasa hazırlamak suretiyle, iki ülke arasında oluşan yorum farklılıklarını çözümlenektir ki, bu yöntem gerçekçilikten uzak ve hatta hayalî addedilmektedir⁵⁶.

Diğer taraftan, Hukukun yeknesaklaştırılmasının hukuk uygulamasını geliştirmeye yönelik olarak yapılan maddi hukuk reformlarından her zaman daha iyi neticeler vermediği de söylenmektedir⁵⁷. Yeknesak bir hukuk her zaman daha iyi bir hukuk anlamına gelmez ya da her zaman daha iyi sonuçlar verir anlamına da gelmez. Burada amaçlanması gereken şey, uyumlaştırmaya giden yasal değişimi daha iyi bir hukuka ulaşma yönünde bir fırsat olarak değerlendirmektir⁵⁸.

Yukarıda da belirtmiş olduğumuz gibi ⁵⁹, bugüne kadar hukukun birleştirilmesi çabalarının yeknesaklaştırma yoluyla, yani uluslararası model kanunlar, anlaşmalar veya sözleşmeler gibi bağlayıcı nitelikteki kurallarla yapılmasının bu kuralların iç hukuka aktarılmasında karşılaşılan zorluklar ve içerdikleri boşlukların iç hukuk tarafından doldurulması gerekliliği kanunlaştırma dışı metodlarla uyumlaştırmanın gerçekleştirilmesi düşüncelerinin ortaya atılmasına neden olmuştur⁶⁰. Bu anlamda ortak bir hukukun gerekli olduğu kabul edilmekle birlikte kanunlaştırmanın bunu sağlamanın tek yolu olmadığını kabul etmek gerekir.

⁵⁶ MATTEUCCI, s. 289.

⁵⁷ ROSETT Arthur: "Unification, Harmonization, Restatement, Codification, and Reform in International Commercial Law"(*Restatement*); 40 American Journal of Comparative Law .s 683.

⁵⁸ ROSETT Arthur: "UNIDROIT Principles and Harmonization of International Commercial Law: Focus on Chapter Seven"(Chapter seven) 2 Unif. L. Rev. 1997, s. 441.

⁵⁹ BERGER, Klaus Peter: "Harmonization of European Contract Law The Influence of Comparative Law"(Comparative Law), Int. Comp. Law Q.,V.50, Oct.2001, s. 877.

⁶⁰ OĞUZ; Hukukun Birleştirilmesi, s. 33.

Ancak hukukun kanunlaştırma dışında birleştirilmesi çabalarının çok zahmetli olduğu ve bugüne kadar elde edilen başarılar az olmakla birlikte imkansız bir durum olmadığı da ortadadır. Hukukun birleştirilmesinin kanunlaştırma dışında ortak bir hukuk biliminin kabul edilmesi yoluyla gerçekleştirilmesinin mümkün olduğu ileri sürülmektedir⁶¹.

V. KARŞILAŞTIRMALI HUKUK YÖNTEMİNİN İŞLEVİ

Bir Avrupa ortak hukuk bilimi yaratılması konusunda en önemli işlev günümüzde artık kendine özgü yöntemleriyle bağımsız bir hukuk disiplini olarak kabul edilen karşılaştırmalı hukuk alanına düşmektedir⁶². Hukukun birleştirilmesinin öncelikle ortak bir hukuk bilimi yaratmak ile ilgili olduğu düşünüldüğünde bunu sağlamak için hukuk tarihi ve karşılaştırmalı hukukun ortak çalışmalarına ve yöntemlerine ihtiyaç duyulmaktadır.

Bu anlamda karşılaştırmalı hukuk çalışması yapan bir hukukçu, somut hukuki sorunlardan hareket ederek muhtelif hukuk düzenlerinde bu sorunlar için öngörülen çözümleri inceledikten sonra sorunun kendi ulusal hukukundaki görünümünü bu çözümler ışığında yeniden değerlendirmektedir. Bu nedenle, karşılaştırmalı hukukun, somut hukuki sorunlara farklı hukuk düzenlerinde öngörülen çözümlerin araştırılması neticesinde elde edilen veriler vasıtasıyla ulusal sınırların ötesinde hukuk biliminin öngördüğü çözümlerin yorumlanması gibi bir işlevi bulunmaktadır.

Bununla birlikte, çok genç bir bilim dalı olması nedeniyle karşılaştırmalı hukukun, yöntemsel alanda henüz deneme aşamasında olduğu söylenmektedir⁶³. Dolayısıyla karşılaştırmalı hukuk metoduna ilişkin sistematik eserlerin sayısı da oldukça azdır. Hukukun ulusal sınırlar içinde sıkışmış ve belirli somut sorunlara

⁶¹ OĞUZ; Hukukun Birleştirilmesi, s. 43.

⁶² OĞUZ, Karşılaştırmalı Hukuk, s. 62.

⁶³ OĞUZ, Karşılaştırmalı Hukuk, s. 67.

politik bir takım mülahazaların önderliğinde getirilen çözümlere ilişkin bir teknik olmaktan çıkartılıp uluslararası düzeyde bir bilim haline getirilmesi gerektiği düşünüldüğünde karşılaştırmalı hukuk metodunun en çok sınırları aşan bir araştırma çabasını ve bakış açısını öngörüyor olması bakımından önem kazandığını söyleyebiliriz. Her ne kadar karşılaştırmalı hukukun kendine özgü sınırları belli olan ve bir takım katı kurallara bağlı bir metodunun olmadığı düşünülse de esasında, karşılaştırmalı hukuk metodunun özellik arz eden tarafı budur. Karşılaştırmalı hukuk, dogmatik bir düşünce tarzından uzak ve doğrudan hayatın ihtiyaçlarını bilimsel bir çerçevede dikkate alan ve bu nedenle esnek olduğu kadar işlevsel de olan kendine özgü bir sistem yaratabilir⁶⁴.

Karşılaştırmalı hukukun, hukukun birleştirilmesindeki önemine gelindiğinde, karşılaştırmalı hukukçunun uyumlaştırılmasına ihtiyaç duyulan hukuki normun yine çeşitli hukuk sistemlerinde ele alınış biçimini ve bu normun somut görünümüleri olan kuralların düzenleniş tarzını ve bunlar arasındaki benzerlik ve farklılıkları bilerek çalışmasına başlaması gerekmektedir. Bu anlamda karşılaştırmalı hukuk çalışmasının hareket noktası olan “işlevsel denklik” ilkesi önem kazanmaktadır. İşlevsel denklik ilkesinin karşılaştırmalı hukuk çalışmalarının tümünde dikkate alınması gereken, metoda ilişkin, bir ilke olduğu günümüzde kabul edilen bir gerçektir⁶⁵. Buna göre, karşılaştırmalı hukukçu, incelediği, yabancı hukuk düzenlerinde araştırdığı hukuki kuruma işlevsel olarak denk düşebilecek kuralları birbiriyle karşılaştırmalıdır. Hukukun birleştirilmesi ihtiyacını ortaya çıkaran olgusal altyapıyı düşündüğümüzde, ulusal hukukların sınır aşan ticari ilişkilerin sorunlarına çözüm getiremediği ve bu anlamda ulusal sınırları aşan yeni düzenlemelerin öngörülmesi gerektiği açıktır. Karşılaştırmalı hukuk metodu ile hazırlanacak bu yeni düzenlemeler karşılaştırmalı hukuk metodunun esnek ve her zaman en iyi çözümü bulmaya yönelik bakış açısıyla

⁶⁴ OĞUZ, Karşılaştırmalı Hukuk, s. 68.

⁶⁵ OĞUZ, Karşılaştırmalı Hukuk, s. 69.

bir araya geldiğinde uluslararası düzeyde ticari hayatın sorunlarına çözüm olabilecektir.

Yukarıda anlattıklarımızdan da anlaşılacağı üzere, karşılaştırmalı hukuk, bugün artık özel hukukun da ulusal sınırların dışına çıkabileceğini göstermiştir. Çeşitli ülkelerdeki hukuk kurumlarının dogmatik yapısı yerine onların işlevlerinin sorgulanması, metodolojik olarak çeşitli hukuk düzenlerinin farklı çözümlerinin kendi gerçekliklerine göre araştırılması, sosyal amaçların yerine getirilmesine göre birbirleriyle ölçülmesini gerektirmesi⁶⁶ gibi yönleriyle karşılaştırmalı hukukun, hukukun birleştirilmesinde vazgeçilmez bir yere sahip olduğu ortaya çıkmaktadır.

Hukuki kurumlar işlevsel yönüyle, yani sosyal olayların kurallar halinde ele alınması olarak düşünüldüğünde, hukuki sorunların hemen her ülkede aynı görünümde karşımıza çıktığı görülecektir. Bütün hukuk düzenlerinde farklı gelişim düzeyinde de olsalar aynı ölçütlerin uygulanmasına imkân veren türde evrensel bir hukuk bilimi, kavramlara ilişkin bir birlik, ancak karşılaştırmalı hukuk metodunun uygulanmasıyla sağlanabilir⁶⁷.

Diğer taraftan, uyumlaştırma çalışmalarında Avrupa Birliği gibi organizasyonların varlığı bir anlamda itici güç oluştururken bu organizasyonların uyumlaştırma için kullandıkları yöntemler de çoğunlukla karşılaştırmalı hukuk yöntemleridir⁶⁸. Dahası, uyumlaştırma fikrinin gerçeklik kazanması biraz da bu uluslar-üstü organizasyonların faaliyetleri sayesinde mümkün olabilmiştir. Bu anlamda ileride üzerinde durulacak olan Avrupa Sözleşmeler Hukukunun İlkeleri (PECL) sözleşmeler hukukunun Avrupalılaştırılması noktasında önemli bir basamağı teşkil eder.

⁶⁶ OĞUZ, Karşılaştırmalı Hukuk, s. 82.

⁶⁷ OĞUZ, Karşılaştırmalı Hukuk, s. 83.; BOGDAN, Michael, Comparative Law, 1994, s. 93 vd.

⁶⁸ BERGER, Comparative Law, s. 879.

Uyumlaştırma fikrinin temelinde yatan amacın esasında bir ortak hukuk bilimi yaratmak olduğunu belirtmiştik. Ortak hukuk biliminin varlığının tartışılması bakımından hukukun birleştirilmesine yönelik faaliyetlerin tarihçesini ele almakta fayda vardır.

§2. SÖZLEŞME HUKUKUNA İLİŞKİN UYUMLAŞTIRMA ÇALIŞMALARI

I. TARİHÇE

Borçlar hukuku alanında uyumlaştırma ve birleştirme kavramlarının, temelde, hukuk düzenleri arasındaki ulusal farklılıkların bir ticaret engeli oluşturmakta olduğu yolunda genel kabul gören⁶⁹ görüşün bir neticesi olarak ortaya çıkmış olduğu söylenebilir.

Nitekim, hukuk tarihine bakıldığında ticaret alanını düzenleyen ticaret ve borçlar hukukunun, “ortak hukukun” oluşumunda hep başı çektiği gözlenmektedir⁷⁰. İlk çağda, Roma İmparatorluğunun hukuku, müşterek hukuk görevini görmüşken, ortaçağda tacirlerin hukuku olarak adlandırılan *Lex Mercatoria* sınırları aşan ve genelde bağımsız mahkemeler tarafından uygulanan hukuk olagelmıştır⁷¹. Bu dönemde, evrensel bir ticaret hukukunun gelişiminin başlıca sebepleri olarak şunlar gösterilmektedir⁷²: Bütün uluslardan tacirlerin katıldığı uluslararası fuarların kendine

⁶⁹ LANDO, O: “Principles of European Contract Law and UNIDROIT Principles: Moving From Harmonization to Unification”(Harmonization to Unification); Unif. L. Rev, 2003, Vol.8, pp.123-127; *Progressive codification of the law of international trade: note by the Secretariat of the International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT)*, Yb. Of the UN Commision on International Trade Law, 1970, Volume I, 285.

⁷⁰ Uluslararası ticaret hukukunun gelişimi konusunda ayrıntılı bilgi için örn. Bkz. TELLİ, Devletler Hukuku Açısından Uluslararası Ticaret ve Kurumlaşması, Ankara, 1991, s.24 vd.; POROY/YASAMAN: Ticari İşletme Hukuku, 10. bası, İstanbul, 2004., N. 7 vd.

⁷¹ ATAMER, GISG, s.12. dn 5’den naklen, 1622 yılında Malynes, Consuetudo Vel Lex Mercatoria, Or the Ancient Law-Merchant adlı eserinde *lex mercatoria*’yı, tacirlerin her türlü yazılı hukuktan daha eski akıl ile adalet üzerine kurulu örf ve adet hukuku olarak tanımlamıştır.; Bu anlamda *lex mercatoria Law Merchant* anlamında kullanılmakta olup günümüzde kazandığı anlam daha farklıdır. Bunun için Bkz; DE Ly: “Emerging New Perspectives Regarding Lex Mercatoria in an Era of Increasing Globalization”, Festschrift für Otto Sandrock zum 70. Geburtstag, s.179-203.; Ayrıca Bkz., BERGER, Klaus Peter: “The Lex Mercatoria doctrine and Unidroit Principles of International Commercial Contracts”(Lex Mercatoria), Law&Pol’y Int’l. Buss, V.,58, 1996-1997, pp.943-990.; BERGER, Klaus Peter: “The Relationship between the UNIDROIT Principles of Commercial Contracts and the New Lex Mercatoria” (Unidroit&Lex Mercatoria), Unif. L. Rev, V. 5, 2000, pp-153-170.

⁷² OĞUZ, A: “Hukuk Tarihi ve Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Uluslararası Ticaret Hukuku, (Lex Mercatoria)-Unidroit İlkelerinin Lex Mercatoria Niteliği, 50 AÜHFD 2001, 11-53 (Lex Mercatoria), s. 11, 14 vd.

özgü bir hukuk düzeni oluşturmaları; milletlerarası deniz ticaretinde yeknesak kuralların uygulanması; birçok ülkede var olan noterlik benzeri kurumların ticari sözleşmeleri ayrı kurallara göre şekillendirmesi ve ticari ihtilaflar için özel yargılama mekanizmasının geliştirilmesi⁷³.

1900 yılında Paris'te düzenlenen uluslararası karşılaştırmalı hukuk kongresinde, birleştirilmiş bir hukuk sistemine, tüm Dünyada geçerli olabilecek bir adalet düşüncesine, ulaşılabilceği gündeme gelmiştir⁷⁴. 18 ve 19. yüzyılda ulus devletlerde yaşanan Kodifikasyon hareketleri ile birlikte, ticaret hukukunun birleştirici niteliği ayrı bir önem kazanmaya başlamıştır. Zira bu dönemde ulusal sınırlar içindeki kanunlaştırma hareketlerinde ticaret hukuku başı çekmiştir. Hukukun bölünmüşlüğü'nün en yoğun şekillerde yaşandığı Almanya ve İsviçre'de bunun etkilerini görmek mümkündür. İki ülkede de ilk önemli ulusal kodifikasyonlar borçlar ve ticaret hukuku alanında olmuştur: 1861 tarihli *Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch* ve bugünkü İsviçre Borçlar Kanununun öncüsü olan 1881 tarihli *Obligationenrecht* ülke sınırları içinde ticaretin yeknesak kurallara tabi olmasını sağlamak amacıyla medeni kanunlardan önce yasalaşmıştır⁷⁵. Yine bu tür bir örnek de Amerika Birleşik Devletleri'nde *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* tarafından bir model kanun olarak hazırlanmış ve 1956 yılında kabul edilmiş olan Uniform Commercial Code'dur. Bu metin bugün neredeyse tüm Amerikan eyaletleri tarafından yasalaştırılmış durumdadır.

Ancak daha sonra 20. yüzyılın başında yaşanan iki büyük Dünya savaşının evrensel bir hukuk düzenine ulaşma konusundaki çabaları oldukça yavaşlattığı⁷⁶ ve

⁷³ ATAMER, CISG, s.12.

⁷⁴ OĞUZ, Hukukun Birleştirilmesi, s. 31 dn 2..

⁷⁵ Bu metinlerden sonra 1900 tarihinde *Bürgerliches Gesetzbuch-BGB* Alman Medeni Yasası olarak yasalaşmıştır. Bu tür çalışmaların ulusal düzeyde bir yeknesaklaştırma teşkil ettiği düşünüldüğünde aynı uyumlaştırmanın uluslararası düzeyde yapılmaya çalışılması da anlaşılır olacaktır.

⁷⁶ OĞUZ, Hukukun Birleştirilmesi, s. 32.

ulus devlet fikri ile birlikte hukukun ulusal karakterinin öne çıktığı söylenmektedir⁷⁷. Ulus devlet fikrinin egemen olduğu dönemlerde hukukun birleştirilmesi yolundaki çalışmaların durakladığı; buna karşılık küreselleşme olgusu karşısında ticari ilişkilerin gösterdiği gelişme ile birlikte hukukun birleştirilmesi çalışmalarının yeniden canlandığı görülmektedir. Buna göre, modern ulus devlet fikrinin yükselmekte olduğu dönemlerde, bir ülkenin hukuku, onun ulusal ruhunun karakteristik bir ifadesi olarak algılanmaktaydı⁷⁸. Hukukun bu şekilde ulusal sınırlar arkasına hapsedilmesi ve kanunlaştırma hareketleri, hukukun o günkü düzeyinde dondurulması anlamına gelmekteydi. 20. yüzyılın ikinci yarısına gelindiğinde bu durum sınır aşan ticaretin “kendi” hukukunu yaratma konusunda yeni yollar aramasına sebep olmuştur. Ticaretin engellenemeyen gelişimi hem yeni hem de ulusal sınırları aşan kurallara olan ihtiyacı gündeme getirdiğinden milletlerarası kuruluşlar, arka arkaya hukuk uyumlaştırması projelerine imza atmaya başlamışlardır⁷⁹. 1950’lerin sonlarına doğru ise uluslararası ticaretle ilgili olarak hukukçular geleneksel yöntemleri sorgulayan görüşler ileri sürmüşlerdir. Temel hareket noktaları, ulusal kaynakların(temel olarak kanunlar ve *case law*) uluslararası ticari hayatın gerçeklerini yansıtmamakla birlikte uluslararası ticaretin sorunlarına çözüm bulma konusunda da yetersiz kalmakta olduğudur⁸⁰. Dolayısıyla, bu sorunlara çözüm bulabilecek nitelikte yeni bir sisteme gereksinim vardır. Hukukun ulusal ruhun bir ifadesi biçiminde algılanmasının getirdiği sonuçlardan biri de hukuk biliminde yukarıda da bahsedildiği gibi bir parçalanmanın meydana gelmesidir. Tersinden bakıldığında ise ulusal sınırları aşan bir hukuk düzeninin varlığı, hukuk biliminde bir birleşmeyi beraberinde getirecektir. DE Ly, bu sistemin zaten mevcut olduğunu ve *lex mercatoria* olarak tanımlanabileceğini ileri sürmüştür. Buna göre Filip DE Ly’in *lex mercatoria* tanımına bakılacak olursa; “*lex mercatoria, kaynağını*

⁷⁷ZİMMERMANN, agm, s.65.

⁷⁸ZİMMERMANN, agm, s. 65.

⁷⁹ATAMER, GISG, s.13

⁸⁰DE Ly, s. 181.

ulusal hukuk düzenlerinin dışında bulan ve uluslararası ticari işlemlere uygulanabilen kurallar bütünü” olarak tanımlanmaktadır⁸¹. *Lex mercatoria*’ya ilişkin bu modern algı, uluslararası ticaretin uzun yıllardır sorunsuz bir biçimde var olmasını sağlayan ve ortaçağda kendi içinde tacirlerin uymakla yükümlü oldukları ticari örf ve adet kurallarının çağımızda, ulus devletlerin Anlaşmalar yoluyla kabul ettikleri kurallara dönüştüğü yolunda düşüncelerin ortaya çıkmasına sebep olmuştur⁸².

A) Roma Hukuku ve Ius Commune

Hukukun birleştirilmesine yönelik çalışmalar ve Avrupa hukuk tarihi bir arada incelendiğinde oldukça ilginç sonuçlarla karşılaşmak mümkündür. Hukukun birleştirilmesine yönelik çalışmaları anlayabilmek ve bunun mümkün olup olmadığını ortaya koyabilmek açısından, çeşitli ulusal hukuk düzenlerinin kaynaklarını incelemekte fayda olduğu kanaatindeyiz. Bu anlamda, öncelikle Roma hukukunun ulusal hukuk düzenleri üzerindeki etkisini ele alacağız.

1. Roma Hukukunun ulusal hukuklar üzerindeki etkisi

Bilindiği üzere, Roma hukuku bugün özellikle kıta Avrupa’sında yürürlükte olan birçok özel hukuk sistemine ve bunların ana kurallarının büyük bir kısmına kaynak olmuştur⁸³. Zira yeniçağın özel hukuk gelişimi, geniş ölçüde bir taraftan çeşitli milletlerin milli hukuk esasları ve bilhassa Cermen ruhunun temsilcisi olan çeşitli hukuklar; diğer taraftan Ortaçağın son devirlerinde yeniden canlanan Roma hukuku arasındaki zıddiyete dayanır⁸⁴. Bu gelişim, farklı ülkelerde farklı seyirler izlemiş olsa da 19. ve 20. yüzyıllardaki iktibas süreci neticesinde benimsenmiş olan özel hukuk yasaları her yerde Roma hukukunun izlerini taşımaktadır. Bu nedenle,

⁸¹ “... By and large, it is composed of international sources of law and self-regulatory rules”, DE Ly, s. 181.

⁸² BERGER, Lex Mercatoria, s. 945.

⁸³ ÇELEBİCAN, Özcan, K.: Roma Hukuku, Ankara, 2000, s. 5.

⁸⁴ SCHWARZ, Andreas, “Türkiye İsviçre Medeni Hukuku ve Roma Hukuku” (*Medeni Hukuk ve Roma Hukuku*), Cemil Bilsel’e Armağan, İstanbul, 1939, (çev: Hıfzı Veldet Velidedeoğlu), s.4-5.

Roma hukuku bu hukuk sistemlerinin dayandığı temellerden birisidir. Gerçekten bugün, Almanya, Fransa, İtalya, İsviçre gibi ülkelerde yürürlükte olan hukuk kurallarının önemli bir kısmı Roma hukukundan büyük ölçüde etkilenmiş bulunmaktadır. Bu durum tarihsel, siyasal, ekonomik ve kültürel birçok nedenle açıklanabilir. Batı’da bugün Batı Avrupa dediğimiz bölgede yer alan ülkelerin büyük bir kısmını yüzyıllarca egemenliği altında bulunduran Batı Roma İmparatorluğu’nun M.S. 476 yılında yıkılmasından sonra bölgede birçok küçük krallık kurulmuştu. Ancak, bu siyasal parçalanmanın eski Roma kültürünün ve hukuk sisteminin izlerini bu topraklardan silemediği ve daha sonrasında kurulan krallıkların zaman zaman kendilerini Roma İmparatorluğu’nun mirasçısı saydığı söylenmektedir⁸⁵. Nitekim, Frank Kralı Büyük Karl’ın, M.S. 800 yılında Papa eliyle imparatorluk tacını giyerek imparatorluğun Cermen unsuru yanında Roma kültürünü de temsil ettiğine inanması ve bu nedenle krallığını Roma İmparatorluğunun manevi temellerine dayandırması buna örnek olarak gösterilmektedir⁸⁶. Devam eden tarihi süreçte⁸⁷ Roma İmparatorluğu’nun manevi temellerini sürdüren Kutsal Roma-Cermen İmparatorluğunda da -Cermen unsuru ağır basmasına rağmen- Roma kültürüne dayanmasının⁸⁸ bir neticesi olarak Roma hukuku imparatorluğun ‘Ortak Hukuku’ (*Ius Commune*) olarak benimsenmiştir. M.S. 5. yüzyıldan M.S. 11. yüzyıla kadar geçen dönemde Roma hukuk kültürünün düzeyinde bir düşüş olduğu söylenmekle⁸⁹

⁸⁵ ÇELEBİCAN, s. 5.

⁸⁶ ÇELEBİCAN, s. 5.

⁸⁷ Söz konusu sürecin tavsifi çalışmamızın sınırlarını aşmaktan burda önemli gördüğümüz esaslar üzerinde durulmakla birlikte ayrıntılı bilgi için, tarih kitapları ve Roma Hukuku kitaplarına bakılabilir. Örn; AKŞİT, N-OKTAY, E: Tarih, C.I, İlk Çağ, İstanbul 1965; KOSCHAKER, P. (Yeniden elden geçiren: AYİTER K.): Modern Hususi Hukuka Giriş Olarak Roma Hususi Hukukunun Ana Hatları, Ankara, 1975, s. 4 vd;

⁸⁸ Bunun nedeni olarak, Roma İmparatorluğunun halefi olma düşüncesinin doğal olarak Roma kültürünü benimseme gereğini beraberinde getirmesi ve yüzyıllarca Roma egemenliğinde yaşayan ülkelerin ulusal ve bölgesel değişmelere rağmen Roma kültürünün doğal mirasçıları olmaları gösterilmektedir. ÇELEBİCAN, s. 6.

⁸⁹ ÇELEBİCAN, s. 6.

birlikte, bu dönem hakkında kesin bir değer yargısına ulaşmanın uzun çalışmalara rağmen mümkün olmadığı düşünülmektedir⁹⁰.

Diğer taraftan, modern hukukların 19 ve 20. yüzyıllardaki iktibas süreci ile birlikte Romalı unsurlar taşımakta olduğunu yukarıda belirtmiştik. Bu durum, Roma hukukundan bir şekilde etkilenmiş olan hukuk kültürlerinin mutlak surette birbirlerinin zıddı olmayıp aralarında birçok ortak noktanın bulunduğu anlamına gelebilecektir.

SCHWARZ'a göre, "bütün hukuk nizamları nihayet beşeri hayat nizamlarıdır ve hayat ise her yerde benzer vasıflar arz eder, benzer ihtiyaçlar doğurur". Roma hukuku fazlasıyla değişime uğradığı, hatta bazen tanınmayacak şekle geldiği halde halen dünya hukuku (*Weltrecht*) olarak kabul edilmektedir⁹¹.

Roma hukukunun, dünya hukuku haline gelerek bütün ulusal sistemleri etkilemesinde en önemli rolü ise İtalya'daki Bolonya Üniversitesinde başlayan çalışmalar ve bu çalışmaların yön verdiği ekoller teşkil etmektedir⁹². SCHWARZ'a göre; bunların meydana getirdiği nazariyatın yayılması neticesinde Roma hukuku her tarafta uygulamaya etki etmiş ve milletlerin hukuki düşünce tarzı Romahılaşmıştır⁹³.

Bu durum, Roma hukukunun 'ortak hukuk' haline gelmesi ile çok yakından ilgili olduğundan ortak hukuk-*ius commune* kavramından bahsetmekte fayda vardır.

2. *Ius Commune*

Yukarıda da bahsetmiş olduğumuz üzere, Ortaçağın başlarından 18. yüzyılın sonlarına kadar Roma-Kilise hukuku, orta ve batı Avrupa'da hukukun temelini

⁹⁰ SCHWARZ, Andreas (Çev: RADO,T): Roma Hukuku Dersleri, C. I, 6. Bası İstanbul 1963, s. 186.

⁹¹ SCHWARZ, İngiliz Hukuku, s. 61.

⁹² SCHWARZ, İngiliz Hukuku ve Kontinental Hukuk, Konferans Metni, Ankara, 1937.(Kontinental Hukuk), s. 8; ÇELEBİCAN, s. 7.

⁹³ SCHWARZ, Kontinental Hukuk, s. 8.

oluşturmaktaydı. Bu süreç içinde yani, 19. yüzyıldaki kanunlaştırma hareketlerine kadar geçen dönemde, gelişen ve çeşitli etkenlerle yeni nitelikler kazanan Roma hukuku, Ortak Hukuk (*ius commune*) adını almıştı⁹⁴.

12. yüzyılda Rönesans olarak adlandırılan süreçte kültürel ihatanın bir parçası olarak gelişen bu hukuk, kilisenin ve imparatorluğun her ikisinin de kendilerini üstün addetmesi ve bu üstünlüğe meşruiyet kazandırma arzusuyla akılcı yasal sistemler öngörmek istemesi ile ortaya çıkmıştır. Bu hukuk, bir yanda kilise hukuku metinlerine diğer yanda da Iustinianus hukukunun *Corpus Iuris Civilis'ine* yeni skolastik metodun uygulanmasına dayanır⁹⁵.

Öte yandan, bölgesel hukukların varlığına rağmen İtalyan üniversitelerinde Roma hukuku üzerine gelişen ve derinleşen çalışmalar neticesinde Batı Avrupa'nın birçok ülkesinden pek çok hukuk öğrencisinin İtalya'ya gelmesi Roma hukukunun uygulama alanını genişletmiştir. Zira, İtalyan üniversitelerinde öğrenimlerini tamamlayan hukukçular derinlemesine inceledikleri Roma hukuku kavram ve kurallarını benimsediler ve kendi ülkelerindeki hukukun uygulanmasında bu kavram ve kuralları kullanmaya başladılar⁹⁶. Çok geçmeden Avrupa'nın genelinde üniversiteler kurulmaya başlandı ve Ortaçağın sonunda her büyük eyaletin kendi hukuk fakültesi bulunmaktaydı⁹⁷. Sonuçta bu okulların tümünde tedris edilen bir hukuk vardı; yani hukuk artık 'öğrenilen hukuk' "*ius utrumque*" halini almıştı. Buralardan yetişen hukukçular ise yeni bir hukukçu sosyal grubu oluşturdular. Uyguladıkları hukuk ise yerel hukuklara nazaran detay bakımından olduğu kadar ilke

⁹⁴ ÇELEBİCAN, s. 2; ZIMMERMANN, Reemergence of a European Contract Law, s. 82.

⁹⁵ ZIMMERMANN, Reemergence of a European Contract Law, s. 82.

⁹⁶ ÇELEBİCAN, s. 7.

⁹⁷ ZIMMERMANN, Reemergence of a European Contract Law, s. 83, dn 105.

ve kural açısından da zengin bir hukuktu. Bu hukuk daha sonra iktibas edilen hukuk “*usu receptum*” halini alacaktı⁹⁸.

Bu şekilde oluşturulan hukuk geleneğinin Avrupalı bir karakter taşıdığını belirtmek gerekmektedir. Roma hukuku metinlerinin yorumlanması ve kullanılması ortak bir Avrupa Hukuk biliminin oluşmasında önemli rol oynamıştır⁹⁹. 17. ve 18. yüzyıllardaki *usus modernus pandectarum* adı verilen sürece kadar ve hatta bu süreç içinde de Avrupa’da kültürel bir birliğin mevcut olduğu söylenmektedir¹⁰⁰. Bir devlette eğitim gören hukukçular kolay bir şekilde başka bir ülkede iş bulabilmekteydiler. Üniversitelerde öğretilen hukuk, bölgesel olarak düşünülmemekteydi; hukukun uygulanması ve tanınması Avrupa düzeyinde söz konusu olmaktaydı. Doğal olarak uyumsuzlukların neticelerinin her yerde aynı olması söz konusu değildi ve elde edilen neticelerin ve hukuk kuralının hatalarının denetlenmesi Avrupa’nın farklı yerlerinde farklı hukukçular tarafından yapılmıyordu¹⁰¹. Bu nedenle tam anlamıyla yeknesak bir uygulama söz konusu değildi. Yine de tüm Avrupa’da aynı hukuk dili, Latince, kullanılmaktaydı. Hukukta bu birliğin varlığı ve gücü, büyük ölçüde, hukukta kullanılmaya çok uygun olan tek bir dilin, Latince’nin kullanılmasının etkisiyle olmuştur¹⁰².

Ius Commune geleneğinin Avrupa geneline şamil olmasının yanında bir diğer önemli karakterinin ise, kendine özgü dinamik yapısı ve doğuştan gelen esnekliği ve gelişmeye açıklığı olarak ifade edilmektedir. Geleneksel Roma hukuku ve onun üzerine bina edilen hukuk düzenleri yasal ilişkilerin oluşturulması değiştirilmesi ve

⁹⁸ ZIMMERMANN, Reemergence of a European Contract Law, s. 83.

⁹⁹ OĞUZ, Karşılaştırmalı Hukuk, s. 57; OĞUZ, Hukukun Birleştirilmesi, s. 44; OĞUZ, Hukuk Eğitimi, s. 39.

¹⁰⁰ ZIMMERMANN, Reemergence of a European Contract Law, s. 83.

¹⁰¹ ZIMMERMANN, Reinhard: The Law Of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition, (Law of Obligations) Oxford, 1993; s. 849, 869.

¹⁰² OĞUZ, Karşılaştırmalı Hukuk, s. 57; OĞUZ, Hukukun Birleştirilmesi, s. 45.

sınırları ile ilgili olarak tarafların davranışları ile ilgilenmektedirler. Bu nedenle değişimi bünyelerinde barındırmaktadırlar¹⁰³.

Özellikle sözleşmeler hukuku, söz konusu mirasın önemli bir bölümünü teşkil etmektedir. Zira bağlayıcı bir akit dolayısıyla tarafların makul beklentilerini korumayı amaçlamaktadır. Dolayısıyla, geleceğe yönelmiş olup değişimi ve hareketi öngörür ve kamçılar¹⁰⁴. Hukukun sürekliliğini sağlayabilmek açısından önemli olan şey, geçmişte var olan düzenlemelerin yeniden yorumlanarak günün ihtiyaçlarına cevap verebilir hale getirilmesidir. Bu şekilde hukuk, geleceğe aktarılma imkanı bulacaktır. Avrupa hukuk tarihi açısından bakıldığında *ius commune*'nin geliştirilmesi sürecinde eski hukuk metinlerinin yeniden yorumlanması ile ortak bir hukuk düzenine ulaşılmış ve bu şekilde hukukun geleceğe aktarılması sağlanmıştır. *Ius Commune*'nin hiçbir yerde doğrudan doğruya yürürlükte olmadığı, geçerliliğinin ikincil nitelikte olduğu, her yerde örf adet hukukunun ve devletlerin kendi koydukları hukukların öncelik taşıdığı kabul edilmekle birlikte, bunların ortak hukuk bilimi çerçevesinde yorumlandığı ve ortak hukuk bilimi içinde eritildiği söylenmektedir¹⁰⁵.

Bu şekilde *ius commune*, yüz yıllar boyunca canlı bir hukuk olarak Avrupa genelinde ve hatta Avrupa dışında çeşitli devletlerin bünyesinde yaşamaya devam etmiştir¹⁰⁶.

Bununla birlikte, 18. yüzyıldaki aydınlanma düşüncelerinin hukuka etkisi ve ulus devlet fikrinin ortaya çıkmasıyla birlikte başlayan kodifikasyon hareketleri

¹⁰³ ZIMMERMANN, Reemergence of a European Contract Law, s 85.

¹⁰⁴ ZIMMERMANN, Reemergence of a European Legal Science, s. 85.

¹⁰⁵ OĞUZ, Hukukun Birleştirilmesi, s. 44.

¹⁰⁶ Avrupa'da 17. ve 18. yüzyıllarda sömürgeleşmenin etkisiyle sömürge devletlerinde de Roma hukukunun etkilerini görmek mümkündür. Bu konuda Bkz; ZIMMERMANN, Reemergence of a European Legal Science, s. 86 dn 121'den naklen, REINHARD ZIMMERMANN, DAS ROMISCH-HOLLANDISCHE RECHT IN SUDAFRIKA (1983).; Ayrıca yazara göre Güney Afrika, Namibya ve Güneydoğu Hindistan gibi sömürge etkisiyle *ius commune* ile muhatap olmuş ve onu kendi iç hukuk sistemlerine aktarmış ülkelerde verilen kararlarda Roma hukukuna göndermelerde bulunulması bu sistemlerin Kodifikasyon hareketlerine maruz kalmamış olmalarından dolayı *ius commune*'nin en değişmemiş "saf" halini bu ülkelerin hukuklarında görmek mümkündür.

neticesinde Avrupa hukukunda mevcut olan bu birliğin yerini ulusal hukuklar almıştır. Ancak, yapılan kanunlaştırmalar, bir yönüyle hukukun geçmişle bağlantısını kesiyor ve özel hukuk alanında Avrupa’da oluşan ulusal hukukların birbiriyle derin farklılıklara sahip olmasına neden oluyor¹⁰⁷ gibi gözükse de esasında bunların *ius commune*’yi ortadan kaldırmak yerine onun ilkelerini bir ölçüde kural haline getirdiği de söylenmektedir¹⁰⁸.

Ius Commune gibi Avrupa düzeyinde ortak bir hukukun varlığı, araştırmamız açısından hukukun birleştirilmesinin mümkün olup olmadığı noktasında oldukça büyük bir öneme sahiptir. Avrupa düzeyinde ortak bir hukukun mevcudiyeti ve ulusçuluk akımının etkilerine rağmen ortak hukukun ulusal hukuklar düzeyinde de hala etkisini sürdürüyor olduğuna dair görüşler, borçlar hukukunun, özelde sözleşmeler hukukunun, birleştirilmesi amacına ulaşmanın da bir hayal olmadığını göstermektedir.

Bu noktada, Roma hukukunun aslında temel olarak çok farklı olduğu söylenen *common law* üzerinde de etkileri olduğu ileri sürülmektedir. Bu nedenle Roma hukukunun *common law* üzerinde etkisi olup olmadığı hususuna da kısaca değinmekte fayda olduğu kanaatindeyiz.

Roma hukukunun Kıta Avrupa’sı sınırları içinde kalan ve daha sonraları sömürgecilik faaliyetleri ile deniz aşırı ülkelere de ulaşan etkilerini, ancak kendi konumuz açısından yani, hukukun birleştirilmesi çalışmalarına katkıları açısından, ele almış bulunuyoruz.

Roma hukukunun Kıta Avrupa’sı hukuk sistemleri üzerindeki etkilerini anlamak, bu hukuk düzenlerinin mensubu olan ulusların kendilerini bir anlamda Roma İmparatorluğunun mirasçısı olarak görmeleri nedeniyle, çok da zor değildir.

¹⁰⁷ ZIMMERMANN, Reemergence of a European Legal Science, s. 87.

¹⁰⁸ OĞUZ, Hukukun Birleştirilmesi, s.45.

Ancak, bugün baktığımızda Kıta Avrupa'sından çok farklı olan *common law* hukuk sisteminin Roma hukukundan ne şekilde etkilenmiş olabileceği bir soru işareti oluşturabilir.

Günümüzde ortak bir Avrupa hukuk biliminin mevcudiyeti lehine görüş bildiren hukukçular İngiliz *common law* sisteminin mutlak biçimde Roma hukukundan etkilenmiş olduğunu savunmaktadırlar¹⁰⁹.

Ortaçağ sonlarında, Batı dünyasının hukuki hayatını yönlendiren Romanist akımın Roma lejyonları ile birlikte İngiltere'ye geçtiği ve burada İngiliz üniversitelerinin eğitimine girerek, gerek doktrin gerekse uygulama üzerinde etkili olduğu söylenmektedir¹¹⁰. Bolonya mekteplerinin Romanist nazariyatının İngiltere'ye de nüfuz ettiği, daha sonra 12. yüzyılda Magister Vacarius'un Oxford'da Roma hukuku eğitimi getirdiği ve 13. yüzyılın önemli İngiliz hukuk literatürünün Roma hukukunun önemli etkilerini barındırdığı ve bu etkinin o zamanın mahkeme kararlarında görüldüğü söylenmektedir¹¹¹.

Bununla birlikte zamanla İngiliz ulusunun muhafazakar karakteri sebebiyle İngiliz hukuku üzerindeki yabancı Roma müdahalesi bir tehlike olarak görülmüş, 12. yüzyılda somut bir olay üzerinden İngiliz Parlamentosu İngiliz hukukunun Roma hukuku etkisinde değişmesini tasvip etmemiş ve İngiliz hukukçuları kendi lonca teşekkülleri (Inns of.Court) bünyesinde hukuk fakülteleri kurarken burada Roma hukuku öğretimini hariç bırakmışlardır¹¹². Bu şekilde Roma hukukunun büyük ölçüde İngiliz hukukunu etkilemesine engel olunmuşsa da Norman istilasından beri süregelen uluslararası bağlantının İngiliz hukuku üzerinde belirleyici ve karakteristik

¹⁰⁹ ZIMMERMANN, Reemergence of a European Legal Science, s. 87.

¹¹⁰ SCHWARZ, İngiliz Hukuku, s. 61.

¹¹¹ SCHWARZ, Kontinental Hukuk, s. 8.

¹¹² SCHWARZ, Kontinental Hukuk, s.8.

bir iz bıraktığı ve esasında İngiltere'nin Kıta Avrupa'sı hukuk kültüründen hiçbir zaman izole edilmemiş olduğu düşünülmektedir¹¹³.

B) Ius Commune'nin Yeniden Canlandırılması ve Ortak Avrupa Hukuku İdealleri

Günümüzde, uluslararası ticari hayatın gereksinimlerinin ortak bir hukuk bilimi ihtiyacını ortaya çıkarmakta olduğu ve bu ihtiyacın bir sonucu olarak dünyada bölgesel olarak hukukun birleştirilmesine yönelik çabaların bulunduğu yukarıda vurgulanmıştı¹¹⁴. Dünya çapında ortak bir hukuk biliminin yaratılması açısından Avrupa düzeyinde var olan ortak bir hukuk geçmişi ortak hukuk biliminin Avrupa'da gerçekleştirilmesinin mümkün olduğu yolunda bir işaret olarak kabul edilmektedir. Bu anlamda *ius commune*'nin varlığı ve Roma hukukunun etkilerine dayanan bu ortak tarih, Avrupalı hukukçuları ortak bir hukuk bilimini yeniden yaratma konusunda cesaretlendirmektedir. Ortak Avrupa Hukukunun yeniden canlandırılması fikri ise, *ius communeyi* yeniden hayata geçirme gibi düşüncelerin ortaya çıkmasına sebebiyet vermektedir¹¹⁵.

Hukukun birleştirilmesi ve ortak bir hukuk biliminin yaratılması konusunu Avrupa düzeyinde ele aldığımızda Avrupa Birliği gibi uluslar-üstü bir siyasi mekanizmanın mevcudiyetinin maddi hukukun yeknesaklaştırılması önündeki ulusal siyasi engelleri büyük ölçüde bertaraf ettiğinden söz edilebilir¹¹⁶. Bu durum, özellikle

¹¹³ ZIMMERMANN, Reemergence of a European Legal Science, s. 87.

¹¹⁴ Bkz yuk. I.B.

¹¹⁵ OĞUZ, Hukukun Birleştirilmesi, s.45

¹¹⁶ Burada kastedilen “kamu hukuku” düzeyindeki yeknesaklaştırmadan ziyade “özel hukuk” düzeyinde yeknesaklaştırmadır. Bununla birlikte yaşanan son siyasi gelişmeler ele alındığında Avrupa Birliği ile Avrupa düzeyinde ortak bir siyasi oluşumu destekleyen ulusların ortak bir “Avrupa Anayasası” na verdikleri tepkiye dikkat çekmekte fayda vardır. Avrupa Birliği organlarının kamu hukukunda hukukun bir anlamda uyumlaştırılması sonucunu doğuran birçok kararına rağmen Avrupa uluslarının henüz ortak bir Anayasa fikrine hazır olmadıkları görülmektedir. Bunun gibi, hukukun kamu hukuku düzeyinde yeknesaklaştırılmasında olduğu kadar özel hukuk düzeyinde yeknesaklaştırılması da “ulus devlet” fikrinin menfaatleri ile çatışmaktadır. Ancak yine de özel hukukta benimsenen yasama dışı yollarla hukukun yeknesaklaştırılması metodunun bu anlamda daha

Avrupa Birliği içerisinde ticari hayatı etkileyen birçok özel hukuk düzenlemesinin üye ülkelerin iç hukuklarına aktarmaları şeklinde bir uyumlaştırmaya sebep olması ile ilgilidir¹¹⁷. Avrupa Birliği, ekonomik bütünleşme amacıyla kurulup bu amacının çok daha ötesinde bugün siyasi bir bütünlük olarak gözüke de kuruluşunun merkezinde yer alan ekonomik bütünleşme bir ortak pazar¹¹⁸ düşüncesini desteklemektedir. Bu açıdan Avrupa Birliği içerisinde özel hukuk veya borçlar ve sözleşme hukukları gibi ana alanların uyumlaştırılmasına başlangıçta ihtiyaç duyulmaması ve uyumlaştırmanın çok özel dallarla-tüketicinin korunması vs.- sınırlı kalması durumu bugün bir şekilde yerini sözleşme hukukunun Avrupa mevzuatının bir parçası haline gelmesine yönelik tartışmalara bırakmıştır¹¹⁹. Ancak yine de sistemli ve bütüncül bir mevzuat oluşturulmasına yönelik olarak sözleşme hukuku Birliğin ajandasında yer almamaktadır¹²⁰.

Avrupa düzleminde bu bağlamdaki tartışmalara bakılacak olursa, ulusal çeşitliliğin maddi hukuk kurallarının birbirinden farklı düzenlenmesi biçiminde ortaya çıktığı görülmektedir¹²¹. Yukarıda bahsedilen ortak tarih bir kenara bırakılacak olursa 19. yüzyılda ulus devlet ile birlikte, ulusal farklılıkları keskinleştiren kanunlaştırma hareketlerinin etkileri, ulusal çeşitliliğin sınır aşan ticaret bakımından bir engel oluşturmaya yol açmıştır. Bu anlamda ortaya çıkan engellerin ise ancak Avrupa düzeyinde yapılacak bir yeknesaklaştırma ile aşılabileceği ileri sürülmektedir. Burada KALWEIT tarafından ifade edilen

yumuşak bir geçiş sağlayacağı ve siyasi olarak kamu hukukundaki yeknesaklaştırmadan farklı olarak daha çabuk kabul göreceğini düşünmekteyiz.

¹¹⁷ Bu ilerleme sonucunda Avrupa Parlamentosu önce 26.05.1989 tarihinde daha sonra da 06.05.1994 tarihinde aldığı kararlarla iç pazarın daha iyi işlemesini sağlamak amacıyla “özel hukukun geniş çapta birleştirilmesini talep etmiştir. OĞUZ, Hukuk Eğitimi, s. 1.

¹¹⁸ Avrupa Birliği Kurucu Antlaşmasının 14. maddesinin en son hali (24 Aralık 2002) <http://europa.eu.int/eur-lex/en/treaties/dat/EC_consol.html> (last accessed 21 June 2004) ["EC Treaty"]

¹¹⁹ KALWEIT, Dominik: “Towards A European Contract Law: For A Prosperous Future of International Trade”; Victoria University of Wellington Law Review, August, 2004, s. 269.

¹²⁰ ULRICH, Drobni: "Creating International Legislation for the Twenty First Century: Unified Private Law for the European Internal Market" V.106, Dick L Rev 101, 2001, s.105.

¹²¹ KALWEIT, s. 277.

yeknesaklaştırma faaliyeti ile, bütün bir sözleşmeler hukukunu kapsayan bir kanun kastedilmektedir. Buna göre, sınır aşan ticarete, ulusal hukukların farklılıklarından doğan sorunların aşılması için çözüm yolları, tartışmaya açıktır. Yine de, gelecek yıllarda ekonomik güvenliğin sağlanabilmesi açısından en doğru yöntemin yeknesak bir düzenleme (code) yapılması olduğu savunulmaktadır¹²². Nitekim, Avrupa Komisyonu, 2001 yılında, kendi tercihini belirtmeksizin, bu sorunların aşılabilmesi için dört temel çözüm yöntemi, önermiştir. Birinci seçenek ileri düzeyde gelişmeyi Pazar güçlerine bırakmayı içermekte¹²³; ikinci seçenek gelişmeyi Avrupa sözleşmeler hukukunun bağlayıcı olmayan ilkelerine bırakmayı önermekte¹²⁴; üçüncü seçenek Birliğin özel hukuk alanında mevcut ikincil mevzuatının yeniden gözden geçirilmesini öngörmekte¹²⁵; dördüncü seçenek ise, geniş çaplı yasama faaliyetini öngörmektedir¹²⁶; Avrupa Sözleşme Kanunu tam da burada yerini almaktadır¹²⁷.

Diğer taraftan, Avrupa'da hukuk birliğinin sadece kanun koyucu organların faaliyetleri ile gerçekleştirebileceği düşüncesi son zamanlarda, özellikle kanunlaştırma yöntemi ile yapılan uyumlaştırma ve birleştirme çabalarının, belli somut noktalarda toplanmaya başladığının fark edilmesiyle terk edilmeye başlanmıştır¹²⁸. Hukukun birleştirilmesinde yasama dışı yöntemlerin savunucuları ise, yasama yoluyla hukukun birleştirilmesine yönelik çalışmaların, üstte yer alan bir kanun koyucu organ tarafından, bütün devletlere kabul ettirilmesi suretiyle olmasındansa; geniş kitlelerce

¹²² KALWEIT, s. 277.

¹²³ COM (2001) 398 Final, OJ C 255 (13 September 2001) 49-51 ["COM 01/398"].

¹²⁴ COM 01/398, yuk.105, 52-56

¹²⁵ COM 01/398, yuk.105, 57-60.

¹²⁶ COM 01/398, yuk. 105, 61-69

¹²⁷ KALWEIT, s. 277. Ayrıca bu makalesinde yazar, Avrupa Sözleşmeler kanununun lehinde ve aleyhinde olan görüşlere ayrı ayrı yer vermektedir, Bkz. s. 280.

¹²⁸ OĞUZ, Hukuk Eğitimi, s.37.

benimsenen kuralların uluslar-üstü bir düzeyde -bir çeşit modern *ius commune* vasıtasıyla- *restatement*¹²⁹ formunda gerçekleştirilmesini savunmaktadırlar¹³⁰.

Bütün bu gelişmeler ışığında değerlendirilecek olursa, gerek Avrupa Birliği çerçevesinde, mevcut mevzuatın yeniden gözden geçirilmesi suretiyle olsun; gerek bağlayıcı bir “Sözleşmeler Hukuku Yasası”nın yürürlüğe sokulmasıyla olsun; gerekse de bağlayıcı olmayan model kanunlar veya örnek kuralların kabul edilerek iç hukuka aktarılması yoluyla olsun, bugün, Avrupa hukuku içindeki en önemli gelişim, Avrupa topluluğu bünyesinde, ortak özel hukukun kabul edilmeye başlanmasıdır. Bugüne kadar bu ortak hukuk arayışları, bütünlükten uzak ve parçalı bir biçimde gerçekleşmiştir. Hukuk bilimi, hali hazırda özel hukukun çehresinin bütünüyle değişmekte olduğunu fark edememiştir. Ayrıca hukuk uygulayıcıları, hakimler ve akademisyenler Avrupa içinde kendi ulusal hukuklarının uygulanmasıyla fazlasıyla meşgul görünmektedirler. Nihayet Birlik içindeki devletlerin sayısı kadar yasal yöntem bulunmaktadır.

Bütün bu saydığımız engelleme ve olumsuzluklara rağmen artık Avrupa düzeyinde uyumlaştırma ve yeknesaklaştırma kaçınılmaz gözükmektedir ve giderek daha büyük bir ivme kazanacağı benzetilmektedir. Dolayısıyla hukuk biliminin ilgisini “ulusalcı” endişelerden uzaklaştırmak gerekeceği düşünülmektedir¹³¹.

Hukukun birleştirilmesinin, öncelikle ortak bir hukuk bilimi yaratmaktan geçtiğini düşünenlere göre, ortak bir Avrupa hukuk biliminin en açık ve en doğal

¹²⁹ ABD Hukuku temelde içtihatlarla-*stare decisis*, dayanan bir hukuk sistemi olmakla birlikte, zaman içinde eyaletler arası içtihat farklılıklarının yarattığı karmaşa ve somut olaya uygulanacak kuralın tespit edilmesine ortaya çıkan güçlükler nedeniyle Amerikan Hukuk Enstitüsü(*American Law Institute*) tarafından mahkemelere yol gösterici olan ve fakat bağlayıcı nitelikte olmayan kurallar, yorumları ile birlikte derlenmiş ve yayımlanmıştır. Bu kurallara mevcut olan kuralların yeniden ifade edilmesi anlamında Re-statement denmektedir. Sözleşmeler hukukunda ilki 1932 yılında yayımlanan *restatement*’ın ikincisi “*Restatement 2nd of Contracts*” adıyla 1981 yılında yayımlanmaya başlanmıştır. Ayrıntılı bilgi ve *Restatement*lara ulaşmak için www.ali.org adresine başvurulabilir.

¹³⁰ BONELL, Unification, s. 618.

¹³¹ ZIMMERMANN, Remergence of a European Legal Science, s. 104.

hareket noktası, ortak tarihte yatmaktadır. Ortak bir hukuk bilimi, etrafında bir araya gelmiş, aynı kaynaklardan beslenen ve ulusal kodifikasyonların ilerisinde yer alan *ius commune* hakiki olarak Avrupalı bir karakter taşımaktadır. *Ius commune* tarafından sağlanan kurallara ilişkin sistematik ve kavramsal araçlar, ortak değerler ve kurumlara dayanmakta olup bunlar, bugünkü modern yasal sistemlerimizin özünü teşkil etmektedir. Bu nedenle ulusalcılık etkisi altında yasalarda meydana gelen derin ayrılıklara rağmen, Avrupa özel hukukundaki ortak temelleri yeniden ortaya çıkarmak mümkündür¹³².

II. SÖZLEŞMELER HUKUKU ALANINDAKİ UYUMLAŞTIRMA ÇALIŞMALARININ BAŞLICA ÖRNEKLERİ

Şu ana kadar özel hukuk alanında uyumlaştırma kavramının ortaya çıkışı ve uyumlaştırma ihtiyacının altında yatan başlıca sebeplere değinilmiş; daha sonra uyumlaştırmada tarihsel olarak yararlanılabilecek kaynakların öneminden ve karşılaştırmalı hukuk metodundan faydalanılmasının gerekliliğinden bahsedilmiştir. Bu başlık altındaysa çember biraz daha daraltılacak ve araştırmamızın ana konusunu teşkil eden, sözleşmeler hukuku alanındaki başlıca uluslararası uyumlaştırma çalışmaları bağlamında yayınlanan belgelerin ortaya çıkışı ve tarihi hakkında kısaca bilgi verilecektir.

Bugün itibarıyla dünya ticaret hukukunun kaynaklarını iki başlık altında toplamak mümkündür. Bir yanda bağlayıcı olmayan kaynaklar, diğer yanda ise Antlaşmalar ve iç hukuklara aktarılan model kanunlar yoluyla yürürlükte olan bağlayıcı kaynaklar vardır. Bağlayıcı olmayan kaynaklardan sayılan teamüller, hukukun kaynaklarına ilişkin olarak alışık olduğumuz sistematik içine oturtulabilmektedir. Buna karşın özellikle milletlerarası tahkimde söz konusu olduğu gibi “Milletlerarası Ticaretin Genel İlkeleri” ne göre ihtilafın çözülebileceği yönünde

¹³² ZIMMERMANN, Remergence of a European Legal Science, s. 105.

sözleşmede bir hüküm bulunması haline bu ilkelerin hangileri olduğunu tespit etmek oldukça zordur. Söz konusu uluslararası düzenlemeler, uluslararası düzeyde bağlayıcılık taşıyıp taşımadıkları konusunda bir ayrıma tabi tutulmaksızın uluslararası hukukun kendine özgü yöntemlerle uyumlaştırılması aşamasında önemli bir rol oynadığı gibi yukarıda bahsedilen genel ilkelerin yazılı hale getirilmesinde de işlev görmektedir¹³³.

Sözü edilen hukuk metnlerinin yaratıcıları ise genelde milletlerarası kuruluşlardır. Bunlardan, borçlar ve ticaret hukuku alanında faaliyet gösteren en önemlileri UNIDROIT¹³⁴ (*International Institute for the Unification of Private Law*) ve UNCITRAL¹³⁵ (*United Nations Commission on International Trade Law*)'dir.

UNIDROIT 1926 yılında Milletler Cemiyetinin bağlı kuruluşu olarak İtalya'da kurulmuş ve 1940 yılında uluslararası antlaşma niteliğindeki bir metin ile yeniden şekillendirilmiş ve devletlerarası (*intergovernmental*) bir statüye kavuşturulmuştur. Bugün, aralarında Türkiye'nin de bulunduğu 59 üye ülkesi olan BM'ye danışman bir kuruluştur. Enstitünün amacı, özel hukukun uyumlaştırılması ve birörnekleştirilmesinin yöntemlerini tespit etmek ve bu amaçla faaliyet göstermektir. Şu ana kadar özellikle milletlerarası satım, gezi, finansal kiralama, factoring sözleşmeleri ile menkul teminat hukuku alanında konvansiyonlar hazırlanmıştır.

UNCITRAL ise 1966 yılında Birleşmiş Milletlerin bir Komisyonu olarak oluşturulmuştur. Organizasyonun kuruluşuna gerekçe olarak, uluslararası ticaret hukuku ihtilaflarına uygulanan ulusal hukukların farklılığının, ticaretin serbest akışına ilişkin bir engel oluşturması ve BM'nin bu engelleri azaltmak konusunda bir rol oynaması gerektiği gösterilmiştir. Bu tür bir finansal faaliyetin aynı zamanda

¹³³ ATAMER, CISG, s. 14.

¹³⁴ Resmi web adresi: www.unidroit.org

¹³⁵ Resmi web adresi: www.uncitral.org

Dünya barışının sağlanmasına katkı sağlayacağı da ifade edilmiştir¹³⁶. Bundan başka, farklı ülke hakimlerinin aynı kuralları uygulamasının hukuki güvenliği geliştireceği, rizikoları öngörülebilir kılacağı ve masrafları düşüreceği gerçeğinden yola çıkılmıştır¹³⁷. Komisyon Bugüne kadar özellikle, ticari tahkim, milletlerarası satım, iflas, milletlerarası ödemeler gibi alanlarda antlaşmalar ve model kanunlar hazırlayarak dünya ülkelerinin hukuklarının uyumlaştırılması ve bu sayede ticaret engellerinin kalkması için faaliyet göstermiştir¹³⁸. Çalışmamızda hukukun uyumlaştırılması yolunda önemli bir basamak olarak ele almış olduğumuz Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (*Convention on Contracts for the International Sale of Goods- CISG*) ‘da UNCITRAL tarafından hazırlanmıştır.

Birleşmiş Milletler bünyesinde hukukun birleştirilmesine yönelik olarak kurulan bu kuruluşlar, ortaya çıkardıkları Konvansiyonlar veya uluslararası antlaşmalar vasıtasıyla hukukun, herhangi bir coğrafi alan sınırlaması içermeksizin, dünya çapında söz konusu konvansiyonları veya antlaşmaları kabul eden devletler düzeyinde yeknesaklaştırılmasını amaçlamaktadır. Diğer taraftan, Avrupa Birliği bünyesinde, sözleşmeler hukukunun, yeknesaklaştırılmasına duyulan ihtiyacın giderek belirginleşmesi neticesinde bazı çalışmalar başlamıştır. 1982’den beri bir grup akademisyenin Avrupa Parlamentosunun da desteğiyle¹³⁹, Avrupa sözleşmeler hukuku için bir taslak hazırlamaya için yaptığı çalışmalar, Avrupa Sözleşmeler

¹³⁶ UNCITRAL’ın kuruluşuna ilişkin gerekçeler için Bkz. Progressive developement of the law of international trade, UN General Assembly Official Records, Agenda Item 88, Documents A/6396 and Add. 1 and 2, Report of the Secretary General, 1-45.

¹³⁷ ATAMER, GISG, s. 15.

¹³⁸ ATAMER, GISG, s 15.

¹³⁹ SCHLECHTRIEM, Peter: “The Growing Importance of European Law and How It Affects Teaching and Research in the Field of the Private Law of Obligations” (2001); Texas International Law Journal, Vol: 36, 2001, s.537.

Hukukunun Genel İlkeleri (*Principles of European Contract Law*-buradan itibaren PECL)'nin yayımlanmasıyla sonuçlanmıştır¹⁴⁰.

Çalışmamızın bu başlığı altında uyumlaştırmada önemli birer basamak olarak kabul edilen söz konusu uluslararası belgeler hakkında tarihi oluşum sırası göz önünde bulundurularak bilgi verilecektir.

A) Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG)

Konusu Milletlerarası satım sözleşmeleri ile sınırlı olup doğrudan sözleşmeler hukukuna ilişkin genel prensipleri düzenliyor olmasa da CISG¹⁴¹, sözleşmeler hukuku alanında hukukun yeknesaklaştırılmasında önemli bir kilometre taşı olarak nitelendirilmektedir¹⁴².

CISG'in ortaya çıkması epey bir zaman almıştır. İlk olarak, 1929 yılında Alman asıllı ABD'li ünlü hukukçu Ernst RABEL Milletler Cemiyetinin bir organı olarak kurulan UNIDROIT bünyesinde yeknesak bir satım hukukunun oluşturulmasını teklif etmiştir¹⁴³. Bu şekilde 1930 yılında ilk taslaklar hazırlanmış ve fakat bu çalışma İkinci Dünya Savaşı ile birlikte sekteye uğramıştır. Ancak, İkinci Dünya Savaşı sonrasında Hollanda hükümetinin de çabası ile çalışmalar devam etmiş; 1964 yılında düzenlenen La Haye Konferansında Menkullerin Milletlerarası Satımına İlişkin Yeknesak Kanun (*Uniform Law of the International Sale of Goods-*

¹⁴⁰ PRINCIPLES OF EUROPEAN CONTRACT LAW (Ole Lando & Hugh Beale, 2000)

¹⁴¹ Uluslararası akademik literatürde CISG veya Viyana Konvansiyonu olarak geçen söz konusu Antlaşma çalışmamızda da buna göre adlandırılmaktadır.

¹⁴² BASEDOW, Universal Doctrine, s. 488; BONELL, Michael Joachim: "The UNIDROIT Principles Of International Commercial Contracts and CISG-Alternatives or Complementary Instruments"(Unidroit&Cisg); Unif. L.Rev, 1996, Vol. 1, s. 26; PLATE, Tobias: "The Buyers Remedy of Avoidance Under the CISG: Acceptable from a Common Law Perspective?"; Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration, 2002, s. 58. SCHLECHTRIEM, 2001, s. 532.

¹⁴³ ATAMER, CISG, s.21; LANDO, O: "CISG and Its Followers: A Proposal to Adopt Some International Principles of Contract Law"(CISG&Its Followers); American Journal of Comparative Law, Spring, 2005, s. 379;

ULIS) ve Menkullerin Milletlerarası Satımına İlişkin Sözleşmelerin Kurulması Hakkında Yeknesak Kanun (*Uniform Law on the Formation of International Sale of Goods-ULFIS*) kabul edilerek ülkelerin onayına sunulmuştur. Sözü edilen yeknesak kuralların, kuralları onaylayan ülke sayısı bakımından değerlendirildiğinde, başarılı olamadıkları söylenebilir. Söz konusu yeknesak kurallar, Romanist bir hukuki gelenekten geliyor olmak ve modern ticaretin ihtiyaçlarına cevap veremiyor olmak gibi hususlarda eleştirilmiştir¹⁴⁴. Bu kuralları, sadece dokuz ülke¹⁴⁵ onaylamış ve çoğu da CISG hazırlandıktan sonra uygulamadan kaldırmıştır.

Sözü edilen birörnek kuralların uygulanmasına ilişkin uzun tartışmalar CISG'in ortaya çıkmasına yardımcı olmuştur¹⁴⁶. 1966'da UNCITRAL'in BM bünyesinde kurularak 1968'den itibaren satım sözleşmelerine ilişkin bir konvansiyon üzerinde çalışmaya başlaması ile birlikte CISG'in hazırlık sürecinin başladığından bahsedebiliriz. La Haye Konvansiyonları üzerinde yapılan çalışmalar neticesinde gelen eleştiriler dikkate alınarak bir metin hazırlanmaya başlanmış ve 1976 yılında ilk taslak "Cenevre Taslağı" olarak ortaya çıkmıştır. Daha sonra bu taslağın geliştirilmesi ile 1978 yılında New York Taslağı ortaya çıkmış, bu taslak Birleşmiş Milletlere üye bütün ülkelere gönderilmiş ve gelen görüşlere göre yapılan ufak değişikliklerle birlikte 10 Mart-11 Nisan 1980'de Viyana'da toplanan ve 62 ülkenin katıldığı BM Konferansının konusunu oluşturmuştur. Konferans toplamda 42 ülke temsilcisinin CISG metnini kabul etmesiyle son bulmuştur. Antlaşma aranan onay sayısının (m.99, f.1) tamamlanması ile birlikte işletilen on ikinci ayın bitiminde yani 1 Ocak 1988'de yürürlüğe girmiştir. Bundan sonra 1990'lı yıllarda dünyada hukuk uyumlaştırması faaliyetlerine karşı artan ilgiye CISG de mazhar olmuş ve 2006 yılında onay sayısı 66'ya çıkmıştır. Viyana Konvansiyonu, dört bölüme ayrılmıştır.

¹⁴⁴ LANDO, CISG&Its Followers, s. 380.

¹⁴⁵ Bunlar, Almanya, Belçika, Gambiya, Hollanda, İngiltere, İsrail, İtalya, Lüksemburg ve San Marino'dur. Diğer ülkelerin bu Anlaşmaları neden onaylamadığına ilişkin ayrıntılı bilgi için Bkz. ATAMER, CISG, s. 23.

¹⁴⁶ LANDO; CISG&Its Followers, s. 380.

Birinci bölüm, kapsamı ve genel hükümleri düzenler. İkinci bölüm, sözleşmenin kurulmasına ilişkin hükümleri içerir. Üçüncü bölüm, tarafların hak ve yükümlülükleri gibi, satım sözleşmesine ilişkin temel maddi hukuk kurallarını düzenler. Dördüncü bölüm ise, Antlaşmanın, taraf devletlerce onaylanması, yürürlüğe konulması gibi milletlerarası hukuk kurallarını içermektedir¹⁴⁷.

Bu başarının arkasında, CISG'in hazırlanma sürecinde La Haye Konvansiyonlarından farklı olarak, çalışma gruplarında ülke dağılımına dikkat edilmesinin yattığı söylenmektedir. Bu şekilde farklı hukuk sistemlerinin bakış açılarının tartışmalara yansıyabilmiş olması ve en iyi olduğuna inanılan çözümlerin Antlaşmaya alındığı söylenmektedir¹⁴⁸. Antlaşmanın hazırlık sürecinde hukuk politikası açısından bir tercih yapılmadığı ve bu nedenle ortaya çıkan ürünün büyük ölçüde derleme hükümler teşkil ettiği ve bu nedenle yeknesak bir felsefe ihtiva etmediği yönünde eleştirildiği görülmektedir¹⁴⁹. Bununla birlikte, CISG'in *common law* ve *civil law* arasında bir orta yol yaratma yolundaki çabasının yorum güçlüklerini beraberinde getirse de, aslında bu iki sistemin nasıl da kaynaştırılabileceğini, sözleşme hukukunda, benzerliklerin, aykırılıklardan çok daha fazla olduğunu göstermesi açısından büyük bir başarı olduğu da ileri sürülmektedir¹⁵⁰.

Viyana Konvansiyonu uluslararası düzeyde ticaret hukuku açısından hukuki kesinlik ve akılcılık yolunda önemli bir adım olduğu gibi, uluslararası ticaretin etkin bir şekilde işleminde de önemli bir basamaktır. Konvansiyonun hazırlığında yer

¹⁴⁷ SCHLECHTRIEM/ SCHWENZER: Commentary on The UN Convention On The International Sale Of Goods (GISG), 2nd English Edition, Oxford 1998, (*Schlechtriem*), Introduction, s. 3.

¹⁴⁸ ATAMER, CISG, s. 24.

¹⁴⁹ ATAMER, CISG, s. 24; burada yazar, Richard HYLAND'in Conformity of Goods to the Contract Under the United Nations Sales Convention and the Uniform Commercial Code, in: Einheitliches Kaufrecht und nationales Obligationenrecht, Peter Schlechtriem, Baden-Baden 1987, 305-341 isimli eserine referans vermektedir.

¹⁵⁰ ATAMER, CISG, s. 24. Aynı doğrultuda görüş için Bkz. PLATE, agm, s.81.; ÖZSUNAY, Ergun: "1980 Tarihli Uluslararası Mal Satımı Sözleşmeleri Hakkında Viyana Antlaşması (CISG) ve Türk Teşebbüslerinin Taraf Olduğu Mal Satımı Sözleşmeleri Üzerindeki Yansımaları", İBD 78/3 (2004), 906.

alan akademisyenlerin beklentilerinin fazlasıyla üzerinde bir etki sağladığı söylenmektedir¹⁵¹. Bugün Viyana Konvansiyonuna taraf olan ülkeler, Dünya ticaretinin % 60'ını teşkil etmektedir. Dolayısıyla CISG'in bu denli kabul gören bir düzenleme oluşu diğer ülkeleri de -şayet dış ticaretlerini riske atmak istemiyorlarsa- Konvansiyonu onaylamaya doğru yönlendirmektedir. Milletlerarası nitelik taşıyan bir satım sözleşmesinin taraflarından birinin bile Konvansiyonu onaylamış bir ülkeden olması, sözleşmeler bakımından CISG'in 1.(1)(b)¹⁵² m.si gereğince Konvansiyonun uygulanmasını gerektirdiği için, bugün artık CISG'i onaylamamış ülkelerin hukukçuları açısından bile CISG'e aşına olmayı gerektirmektedir¹⁵³.

Viyana Konvansiyonunun elde etmiş olduğu başarı, sadece dünyanın 66 ülkesi tarafından imzalanmış olmasından değil, aynı zamanda, borçlar hukuku alanında son yıllarda kabul edilmiş ulusal ve uluslararası bir dizi metnin hazırlanmasında oynamış olduğu rolden de anlaşılmaktadır. Bu anlamda CISG'in özelliklerine göz atmakta ve bunların borçlar hukuku uyumlaştırmasındaki önemine değinmekte fayda vardır.

CISG, hukuk uyumlaştırması sürecinde yukarıda bahsettiğimiz sınıflandırma içerisinde hukukun, bağlayıcı bir takım normlarla uyumlaştırıldığı belgelerden birisidir. Zira CISG, uluslararası bir Antlaşma niteliğinde olup, imzalayan devletlerin iç hukuklarına aktardıkları bir takım kuralları içermektedir. Bu yönüyle CISG'i incelemekte olduğumuz diğer düzenlemelerden ayıran en önemli özellik, bağlayıcı olmasıdır¹⁵⁴.

¹⁵¹ PLATE, agm, s. 58.

¹⁵² CISG m(1)'e göre: "Bu Antlaşma, işyerleri farklı devletlerde bulunan taraflar arasındaki mal satımı sözleşmelerinde; (a) bu devletlerin âkit devletler olması veya (b) milletlerarası özel hukuk kurallarının âkit bir devletin hukukuna atıf yapması halinde uygulanır."

¹⁵³ ÖZSUNAY, s. 954-955.

¹⁵⁴ Diğer taraftan, CISG'ı La Haye Konvansiyonlarından(ULIS ve ULFIS) ayıran önemli özelliği ise sözleşmenin kurulması/şekli(formation) ile ilgili kuralların sözleşmeyi yönlendiren maddi kurallarla bir arada düzenlenmiş olmasıdır. SCHLECHTRIEM/SCHWENZER(Schlechtriem), s. 3.

Hukuk uyumlaştırılmasının, bağlayıcı kurallar vasıtasıyla yapılması gerektiği yönündeki düşünceler, hukuk tanımlamasının devlet eliyle yapılan kanunları gerektirdiği düşüncesinde olan hukuki pozitivizm ile bir arada düşünüldüğünde karşılaşılan bu sonuç oldukça olağandır. Dolayısıyla, hukuk uyumlaştırılmasının başladığı dönemlerde, hukukun uyumlaştırılması kavramı, uluslararası düzeyde, ancak yasama yoluyla, yani bağlayıcı kurallar koymak ve bunların kendi iç hukuklarına aktarılması biçiminde algılanmıştır.

1968 yılında, yeni kurulan UNCITRAL ticari ilişkilere ilişkin bir düzenleme hazırlıkları içine girdiğinde, bu düzenlemenin bağlayıcı etki taşıması gerektiği noktasında kararlıydı. Bu durum o zaman için ortaya çıkarılmak istenen düzenlemenin sadece belirli bir bölgeyi ve belirli ekonomik düzeye sahip ülkeleri içermeyeceğini, aynı zamanda, sosyalist doğu Avrupa ülkelerini ve henüz bağımsızlığına kavuşmuş olan üçüncü dünya ülkelerine de yönelik bir düzenleme olduğuna işaret etmekteydi. Bu ülkelerin hepsinde ortak olan nokta sıkı kurallara bağlı olarak yürütülen bir ekonomik plandı. Bu ülkeler, şayet uluslararası ticaretin bir parçası olmak arzusunda iseler, kendi ticari organizasyonlarına uluslararası serbest piyasada rekabet etmek durumunda oldukları diğer aktörlerin sahip olduğu sözleşme özgürlüğünü tanıyan kurallar koymak durumunda idiler¹⁵⁵. Böylesi bir hukuki rejimi sağlamanın tek yolu, gerek tek taraflı bir düzenleme ile olsun, gerekse uluslararası düzeyde kabul edilecek bir antlaşma ile olsun, yasama yoluydu.

CISG'in bağlayıcı kurallar biçiminde ortaya çıkması ve ardından uluslararası piyasada ihtiyaç duyulan yeknesaklaştırmayı karşılayacak düzeyde kuralları ihtiva etmesi ve nihayet, piyasa koşullarının birbiri ardına devletleri CISG'i onaylamaya yönlendirmesi satım hukukuna ilişkin uluslararası piyasada ortaya çıkan problemleri çözmekte önemli bir rol oynamıştır.

¹⁵⁵ BONELL, Unidroit&Cısg, s. 28.

B) Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin İlkeler (PICC)

UNIDROIT'nın yukarıda anılan menkullerin milletlerarası satımına ilişkin olarak 1964 yılında kabul etmiş olduğu ve CISG'in öncüsü sayılan Antlaşmaların (ULIS ve ULFIS) hazırlanmasındaki çalışmalarının yanı sıra önemli bir diğer çalışması da Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin İlkeler (*Principles of International Commercial Contracts-PICC*¹⁵⁶)'dir.

Milletlerarası sözleşmelere ilişkin “genel hükümler”in tespit edilmesine ilişkin çalışmalar 1960'ların sonunda UNIDROIT genel sekreteri Mario Matteucci'nin uluslararası sözleşmeler hukuku alanına ilişkin bir “restatement” hazırlanmasını önerdiği¹⁵⁷ zamana kadar uzanmaktadır. Bununla birlikte 1971'de hazırlanan “Uluslararası Ticaret Hukukunun İlerleyen Kodifikasyonu¹⁵⁸” isimli çalışma aslında genel ilkelerin hazırlanması yolundaki çekirdeği oluşturmaktaydı¹⁵⁹. Bununla birlikte, UNIDROIT'nın, genel ilkeleri hazırlamak için bir çalışma grubu oluşturması¹⁶⁰ ise 1980 yılında oldu¹⁶¹. Bu komisyon uzun yıllar süren çalışmalar neticesinde 1994 yılında hedefine ulaşarak PICC'in ilk baskısını yayınlamıştır.

¹⁵⁶ Dünya genelinde bu kurallar “PICC” kısaltması ile kullanıldığı için bu çalışmada da aynı yaklaşım izlenmiştir. Bu kuralların metni için Bkz. www.unidroit.org. Bu kuralların resmi olmayan tercümesi ve metinleri için Bkz. DAYINLARLI, Kemal: (Çev.)UNIDROIT: Milletlerarası ticari sözleşmelere ilişkin ilkeler (Roma, 2004) : Principles of international commercial contracts (Roma, 2004), Principes relatifs aux contrats du commerce international (Roma, 2004), Ankara, 2005.

¹⁵⁷ Matteucci bu önerisini, Özel Hukukun Birleştirilmesi ile ilgili Organizasyonların toplandığı 4. Konferansta, 22-24 Nisan 1968 tarihinde, Roma'da yapmıştır. Bkz. The Unification Of Law 2. Y.B. 1967-1968(UNIDROIT). UNIDROIT Matteucci'nin bu önerisini 1973 yılında değerlendirmeye almış ve bir yönlendirme komitesi kurmuştur. Bu dönemde yönlendirme komitesinde yer alan temsilci Profesörler, Bulgaristan'dan Tudor Popescu, Fransa'dan René David ve İngiltere'den Clive Schmitthoff'du.

¹⁵⁸ Progressive Codification of the Law of International Trade.Bkz. aşağıda.164.

¹⁵⁹ Bkz. *Progressive Codification of the Law of International Trade:Note by the Secretariat of the Institute for the Unification of Private Law(UNIDROIT) 1968-1970*,1.Y.B. , UN Doc. A/CN.9/SER.A/1970.

¹⁶⁰ Bu çalışma grubunda dünyanın temel sosyo-ekonomik sistemlerinin temsilcileri bulunmaktaydı. Çalışma grubunun üyeleri için Bkz. BONELL, Unification, s. 619., dn. 8.

¹⁶¹ ATAMER, GISG, s. 16; BERGER, Klaus Peter: “The Lex Mercatoria doctrine and Unidroit principles of International Commercial Contracts”(Lex Mercatoria); Law & Pol'y. Int'l. Buss.; 1996-1997, Vol; 58, s. 945.; BONELL, Unification, s. 619.

İlkelerin ikinci baskısı ise 2004 yılında yayınlanmıştır. Bu ikinci baskıda kapsam biraz daha genişletilmiştir.

Bu kurallar, devletlerin imzalayabileceği bir Antlaşma veya iç hukuklarına aktarabilecekleri, bir model kanun olarak tasarlanmamıştır. Burada amaçlanan daha çok, farklı hukuk sistemlerinde ortak olan borçlar genel hukuku ilkelerini tespit etmek ve bunları bir bütünün içinde eritmek olmuştur¹⁶².

UNIDROIT tarafından 1994 de çıkarılan ilkelerin uluslararası ticaret hukuku bakımından tamamen yeni bir bakış açısını ortaya koyduğunu söylemek mümkündür. Gerçekten ilkeler, kategorik olarak bugüne kadar uluslararası düzeyde çıkarılan geleneksel yasal düzenlemelerden hiç birine sığdırılamamaktadır¹⁶³.

PICC, Milletlerarası Ticaret Odasının (International Chamber of Commerce), mücbir sebebe ilişkin çıkartmış olduğu “model klov” lara benzememektedir. Zira ilkeler, sözleşme hukukuna ilişkin genel prensipleri tespit etmeyi amaçlamaktadır. Bu amaç doğrultusunda ilkeleri hazırlamak için oluşturulan çalışma grubu da dünya üzerindeki önemli sosyo-ekonomik sistemleri temsil etmekte ve çalışma grubunun üyeleri kendi alanlarında uzman akademisyenlerden oluşmaktadır. Bunun gibi üyeler toplantılara bireysel olarak iştirak etmekte ve toplantılar esnasında devletlerini temsil etmemektedirler. Model klovlar ise konu ile ilgili uluslararası ticari organizasyonlar tarafından hazırlanmasının doğal bir sonucu olarak sadece ilgili oldukları konuyu düzenlediği gibi kaçınılmaz olarak da bunları yapan devletlerin ulusal hususiyetlerini taşımaktadırlar. Diğer taraftan ilkeler, birörnek kural ya da uluslararası bir konvansiyon biçiminde de kabul edilmemiştir. Bu yönüyle uluslararası konvansiyonların taşımakta olduğu bağlayıcılık özelliğini de taşımamakta; etkinliğini sadece kurallarının ikna ediciliğinden almaktadır.

¹⁶² ATAMER, CISG, s. 16.

¹⁶³ BONELL, UNIROIT, s. 1122.

PICC'nin orijinal metni İngilizce olarak hazırlanmış olup, günümüzde İtalyanca, Fransızca, İspanyolca, Çince, Arapça ve Rusça'nın da dahil olduğu bir çok dünya diline çevrilmiştir¹⁶⁴.

Prensipleri biçimsel olarak ele aldığımızda önemli olduğunu düşündüğümüz bir husus ise, prensiplerde verili yasal sistemlerden herhangi birine yabancı veya alışılmamış olan kavram ve terimlerin kullanılmasından özellikle uzak durulmuş olmasıdır¹⁶⁵. Çoğunlukla, milletlerarası ticaret uygulamasında sıkça kullanılan kavramlara öncelik verilmiştir. Bu durum öngörülmeyen durum için "hardship" kavramının kullanılmasında açığa çıkar. Söz konusu kavram çeşitli hukuk düzenlerinde farklı biçimlerde ifade edilmektedir.

Diğer taraftan, ulusal düzenlerce yaygın olarak kullanılmayan ve fakat gayet açıklayıcı bir kavram olan "ifa etmeme"(*nonperformance*) kavramı, yaygın olarak kullanılan, ancak durumu tam olarak ifade etmeye yetmeyen, sözleşmeye aykırılık, borca aykırılık, müspet ihlal, *breach*, *Nichtleistung wegen Unmöglichkeit*, *Verzögerung der Leistung*, *positive Vertragsverletzung*, *inadempimento*, *ritardo* gibi kavramları da karşılamaktadır¹⁶⁶.

PICC, mevcut hukuk düzenlerinin çoğunda var olan aynı zamanda uluslararası ticari hayatın özel ihtiyaçlarına cevap verebilecek nitelikte olan kuralları ifade etmeyi amaçlamıştır. Sonuç olarak, birbiriyle ihtilaf halinde olan kurallardan birinin seçilmesi gerektiği durumlarda aritmetik olarak sayma yöntemi

¹⁶⁴ Prensiplerin bu dillerde tercümeleri için Bkz. www.unidroit.org

¹⁶⁵ BONELL, UNIROIT, s. 1128; BONELL, dn 14'de, çalışma grubunun farklı kavramlaştırmaları tartışmak için yeni bir sözlük(vocabulary) oluşturma işine hız kazandırdığını, sözleşmeler hukuku içinde de karşılaştırmalı hukuk sınıflandırmalarından faydalanarak bir süreç başlatmış olduklarını ve sonuçta ortaya çıkan incelikli kavramların ise hukukun uyumlaştırılması yönünde sistemler arasında bir bakış açısını ortaya koymakta olduğunu belirtmiştir.

¹⁶⁶ BONELL, UNIDROIT, s. 1129; genellikle bu kavramlar hepsinde olmasa da birçok hukuk sisteminde yer alan kavramlardır. PICC özellikle uluslararası ticaretin ihtiyaçlarına cevap verebilecek nitelikte kuralların oluşmasını amaçlamış olmasının yanı sıra, genel olarak kabul görmemiş olsa bile en iyi olan kuralların bir araya getirilmesini de hedeflemektedir.

uygulanmamıştır. Yani söz konusu kuralın hukuk düzenlerinin çoğu tarafından kabul edilip edilmediğine bakmak yerine kuralın uluslararası ticari hayatın özel ihtiyaçlarına cevap verebilir nitelikte olup olmadığına bakılmıştır. Yine de bilindiği üzere, dünya üzerindeki bütün hukuk sistemlerinin ele alınmasının mümkün olmadığı ve her mesele üzerinde her hukuki düzenin eşit bir etkiye sahip olmadığı söylenmektedir¹⁶⁷

PICC'nin hazırlanması sürecinde ulusal düzenlemelerden en güncel olanlarına özellikle de, ABD'nin *Uniform Commercial Code* UCC ve *Restatement (second) of the Law of Contracts*'a, 1975 tarihli Cezayir Medeni Yasasına, 1994 tarihli Québec Medeni Yasasına önem verildiği söylenmektedir¹⁶⁸. Uluslararası düzenlemelerden ise CISG'in, PICC üzerinde en büyük etkiye sahip olduğunu söylemek mümkündür. Bununla birlikte, PICC, uluslararası sözleşmeler hukukunun yeknesaklaştırılmasına ilişkin bağlayıcı kurallar koymayı amaçlamadığı için, çeşitli hukuk düzenleri arasındaki farklılıktan daha az etkilenmektedir¹⁶⁹. Bunun sonucu olarak da CISG tarafından yeterli bir şekilde düzenlenmeyen diğer birçok konuyu da düzenlemektedir¹⁷⁰.

PICC'nin giriş bölümü PICC'nin amacını şu şekilde ifade etmektedir:

¹⁶⁷ BONELL, UNIROIT, s. 1129.; BONELL; Uniroit&Cisg, s. 30.

¹⁶⁸ BONELL, UNIROIT, s. 1129

¹⁶⁹ Bu hususta verilecek en güzel örnek, aynen ifa konusunda bu farklı hukuk çevreleri tarafından benimsenen çözümlerin bağdaştırılmaya çalışılmasında bu iki metinde ortaya çıkan büyük farklılıktır. Nitekim, CISG m. 28 aynen ifanın benimsenmediği hukuk çevrelerine kendi hukuklarını uygulama konusunda bir imkan tanıyarak, aynen ifaya ilişkin talebin, ulusal hukukların izin verdiği ölçüde mümkün olacağını düzenlemektedir. Hal böyle iken, PICC, hükümlerinin bağlayıcı bir nitelik arz etmemesi nedeniyle bu yolda bir düzenlemeyi içermez. Ayrıntılı bilgi için Bkz. aşağıda.B.1.b.

¹⁷⁰ BONELL, Unidroit&Cisg, s. 32.

“Unidroit Prensiplerinin amacı, uygulanacakları ülkelerin ekonomik ve politik koşullarına ve hukuki geleneğine bakılmaksızın Dünya çapında uygulanabilirliğe sahip dengeli bir kurallar bütünü oluşturmaktır”¹⁷¹.

PICC üzerinde CISG’in önemli bir etkisi olduğundan yukarıda bahsetmiştik. Gerçekten CISG’in sahip olduğu hem olumlu hem de olumsuz bir takım özellikler UNIDROIT’nin sözleşmeler hukuku alanında PICC gibi bir takım kuralları öngörmesinde önemli bir rol oynamıştır. CISG, bu kadar çok ülke tarafından onaylanmamış olsaydı, bağlayıcı olmayan kurallarla hukuk uyumlaştırılmasına gidilmesi daha uzun bir zaman alırdı. Diğer taraftan, yasama yoluyla hukukun uyumlaştırılmasına ilişkin olarak elde edilebilecek başarının sınırının CISG’in elde etmiş olduğu başarı ile sınırlı olmasının UNIDROIT’in bağlayıcı kurallarla hukuk uyumlaştırması fikrini terk etmesine sebep olduğu da söylenmektedir¹⁷².

Uluslararası antlaşma yoluyla hukuk uyumlaştırılması fikri yerine PICC ile birlikte bağlayıcı olmayan kurallar yönteminin benimsenmeye başlanması, uluslararası ticaret bakımından değişen bir takım paradigmaların da işareti olarak kabul edilmiştir¹⁷³.

PICC’nin bağlayıcı olmayan kurallar bütünü olarak ifade edilmesini başta tarihsel sebepler olmak üzere birçok açıdan açıklamak mümkündür. Buna göre, uluslararası antlaşmalar 19. yüzyılın, medeni ve düzenli bir şekilde örgütlenmiş ulusları için hukuk uyumlaştırması bakımından tek metot olarak kabul ediliyordu. O şartlar altında, uluslararası bir antlaşmanın onaylanmasını gerektiren kuralların varlığı, söz konusu antlaşmanın yürürlüğe girmesini geciktirmiyordu¹⁷⁴. Uluslararası

¹⁷¹ “the objective of the UNIDROIT Principles is to establish a balanced set of rules designed for use throughout the world irrespective of the legal traditions and the economic and political conditions of the countries which they are to be applied”.

¹⁷² BONELL, Unidroit&Cisg, s. 29.

¹⁷³ BERGER, Lex Mercatoria, s. 944.

¹⁷⁴ BASEDOW, Uniform Law, s. 129.

Konvansiyonlar yöntemiyle uyumlaştırmada ortaya çıkan bir diğer husus da yine Konvansiyonun onaylanması sürecine ilişkin olarak görülmektedir. Uluslararası antlaşmanın onaylanması sırasında konulan çekinceler ve istisnalar, ortaya birden fazla antlaşmanın çıkmasına yol açmakta ve bu da esasında, yeknesaklaştırmanın amacına ulaşamamasına sebep olmaktadır. Bunun gibi, onaylama sürecinin uzunluğuna ve sonuçlarının belirsiz olmasına bağlı olarak uluslararası antlaşmaların değişen ekonomik ve sosyal koşullara uyarlanması da oldukça güçtür. Hatta bu durumun devletlerden bazılarının değişikliğe gitmeyi tercih etmesi, diğerlerinin ise konvansiyonun eski haline bağlı kalmak istemesi ile, yeknesaklaştırmanın terk edilmesine ve farklı devletlerde farklı uygulamaların ortaya çıkmasına sebebiyet verebileceği söylenmektedir ¹⁷⁵ . Bütün bu açıklamalar 1980'lere gelindiğinde uyumlaştırma çalışmalarında uluslararası bağlayıcı kurallar koyma yönteminin neden terk edildiğini ortaya koymaktadır.

C) Avrupa Sözleşmeler Hukuku İlkeleri (PECL)

Avrupa Sözleşmeler Hukukunun İlkeleri, UNIDROIT kurallarının hazırlanması fikrine paralel olarak CISG'in etkisi altında Avrupa Birliği içinde bir borçlar kanununa duyulan ihtiyacın ifade edilmeye başlanması ve 1980 yılında özel bir inisiyatif içinde çalışmalar neticesinde ortaya çıkmıştır. 1995 senesinde Prof. Ole LANDO başkanlığında bütün Avrupa ülkelerinden hukukçuların katılımıyla oluşturulan komisyon (*Commision on European Contract Law*¹⁷⁶), *The Principles of European Contract Law, Part I, Performance, Non Performance and Remedies*¹⁷⁷ adlı kitabı yayınlamıştır. 1999 yılında Lando Komisyonu olarak adlandırılan Avrupa Sözleşme Hukuku Komisyonu ilkelere ilişkin birinci bölümün yeniden gözden geçirilmesi ve ikinci bölümden oluşan ve ilk bölüme 73 yeni madde ekleyen yeni bir

¹⁷⁵ BASEDOW, Uniform Law, s.130.

¹⁷⁶ Bkz.http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/ son güncellenme 6 Ekim 2006 (son erişim, 23.03.2007).

¹⁷⁷ Avrupa Sözleşmeler Hukuku İlkeleri, Bölüm I, İfa, İfa etmeme ve Sonuçları.

kitap daha yayınlamıştır. 2003 yılında ise nihayet 69 madde daha ekleyerek İlkelerin üçüncü bölümü yayınlanmıştır. Aynı PICC’de olduğu gibi PECL¹⁷⁸, de de her kuralın altında bunun şerhi yer almaktadır.

PECL’nin amacı konusunda “Giriş” kısmı yol gösterici olmaktadır. Buna göre, sözleşmeler hukuku alanında temel ilkelerin tespit edilmiş olmasının, Avrupa içinde sınır aşan ticareti kolaylaştıracağı, Avrupa ortak pazarını güçlendireceği, bir AB sözleşmeler hukukunun yaratılması için altyapı oluşturacağı, ulusal mahkeme ve yasa koyucular için bu anlamda bir yönerge teşkil edeceği ve nihayet *common law* ve *civil law* arasında bir köprü vazifesi göreceği düşünülmüştür¹⁷⁹. Bu nedenle, Art.1:101’de bu kuralların, Avrupa Birliği’nde sözleşme hukukunun temel ilkeleri olarak uygulanmak üzere kaleme alındığı vurgulanmış ve tarafların, sözleşmede bunu açıkça kararlaştırmış olmaları veya sadece sözleşmelerinin, “genel hukuk ilkelerine” ya da *lex mercatoria*’ya tabi olacağını öngörmeleri veya sözleşmenin tabi olacağı hukuku belirlememiş olmaları halinde devreye girecekleri ifade edilmiştir.

Avrupa Birliği düzeyinde bir yeknesaklaştırma çalışmasından bahsedildiğinde bu yeknesaklaştırma çalışmasının Avrupa Birliği düzenlemeleri vasıtasıyla olması oldukça anlaşılır bir durumdur. Bu anlamda, en önemli araçlar elbette iç hukuklara nüfuz edebilecek olan uluslar-üstü nitelikteki topluluk kurallarıdır. Bu kurallar, direktif veya tüzük biçiminde karmaşık süreçlerden geçerek, Avrupa Komisyonu, Avrupa Konseyi ve Avrupa Parlamentosu gibi topluluk organları tarafından hazırlanmaktadır. Bilindiği gibi, Avrupa Birliği başta tüketici hukuku olmak üzere çok sayıda direktif ile üye devletlerin sözleşme hukuku alanında yoğun bir etki icra etmektedir. Ancak bu düzenlemelerin hepsinin ortak bir plan dairesinde yapılmıyor olması ve yeknesak bir görünüm arz etmemesi dolayısıyla kullanılan kavramların da

¹⁷⁸ Bu kurallar bütünü için Avrupa dillerinde PECL kısaltması kullanılması yerleşmiş olduğundan burada da aynı yaklaşım benimsenmiştir.

¹⁷⁹ ATAMER, CISG, s. 19.

örtüşmediği hususlarında eleştirilmektedir¹⁸⁰. Her ne kadar bu bölünmüşlüğü temel nedenlerinden biri AB'nin hukuk uyumlaştırması alanındaki yetkilerinin sınırlı olmasıysa da ileriye dönük olarak bu konuda yeni perspektiflerin geliştirilmesi gerektiği düşünülmektedir¹⁸¹.

Bu alanda Avrupa Komisyonunun 11 Temmuz 2001 tarihinde Konsey ve Avrupa Parlamentosuna yönelik olarak Avrupa Sözleşme Hukuku hakkında bir Bildirim yayınlamak suretiyle ilk adımı attığı söylenebilecektir¹⁸². Bu bildirim ile Komisyon Avrupa Sözleşmeler Hukuku alanında bir uyumlaştırma ihtiyacı olup olmadığını gündeme getirmiştir. Bunu takiben 2003 yılında “Daha Uyumlu bir Avrupa Sözleşme Hukuku için Faaliyet Planı¹⁸³”; 2004 Ekim ayında da “Avrupa Sözleşme Hukuku ve Topluluk Müktesebatının Gözden Geçirilmesi-İleriye Dönük Adımlar” başlıklı diğer bildirimler yayınlanmıştır¹⁸⁴.

Yukarıda anlatılanlardan da anlaşılacağı üzere, sözleşme hukukunun Avrupa düzeyinde uyumlaştırılması meselesi ele alınırken Avrupa Birliği'nin örgütlü yapısı mutlaka göz önünde bulundurulmalıdır. Bu örgütlü yapı içinde, Birlik mevzuatının yapılandırılması ve ortak bir zemine çekilmesi nihai amaçların gerçekleştirilmesi noktasında önemli bir aşama teşkil eder. Avrupa Birliği'nin entegrasyon hedefinin hukuki düzenlemeler üzerinde yaptığı etki ve bugün artık Birlik Hukuku olarak adlandırılan ortak bir kurallar bütününden oluşan müktesebat göz önünde

¹⁸⁰ SCHLECHTRIEM, 2001, s.533.

¹⁸¹ Sözleşme hukuku alanındaki bu sınır, Avrupa ortak pazarının daha iyi işlemesi biçiminde belirlenmiştir. Ancak bu amaca hizmet etmesi halinde üye devletlerin iç hukuklarına müdahale söz konusu olabilecektir. Her ne kadar Topluluk Mahkemesi, bu alanı genişletme yönünde çabalara bir ölçüde göz yummuşsa da, 2000 yılında vermiş olduğu bir kararda sınırları yeniden kesin olarak çizmiştir. Topluluk içinde yapılacak bütün reklamlarının düzenlenmesi hakkındaki yönergenin ortak pazarın oluşturulması ile hiçbir ilgisinin olmadığını tespit eden Mahkeme, bu yönergeyi hukuki dayanak yoksunluğu nedeniyle iptal etmiştir. Bkz *Germany v. Parliament and Council* ATKD[2000] I-8419.

¹⁸² Communication of the Commision to the Council and the European Parliament on European Contract Law, COM (2001)398 final, ATRG 2001, C 255/1

¹⁸³ Communication of the Commision to the Council and the European Parliament –a more coherent European Contract Law, Action Plan of 12.02.2003, COM (2003) 68 final, ATRG C 63/1.

¹⁸⁴ Communication of the Commision to the Council and the European Parliament, European Contract Law and the revision of the aquis: the way forward, COM (2004) 651 final.

bulundurulmalıdır. Hal böyle iken sözleşmeler hukukunun “borçlar hukukunun genel hükümleri” niteliğindeki uyumlaştırılmış kurallar bütününe kolaylıkla kabul görmesi daha iyi anlaşılmaktadır. Bu olgusal gerçekliğin dünya çapındaki uyumlaştırma hareketlerine ivme kazandıracağını düşünmekteyiz.

Yirmi beş yıl önce Avrupa Medeni Kanunu gerçek dışı gibi görülmekteyken bugün artık böyle bir yeknesak kanun ulaşılabilir bir hedef gibi görülmektedir¹⁸⁵. Bu anlamda Avrupa Borçlar Kanunun hazırlanmasına yönelik tartışmalar devam etmektedir. Avrupa Birliğine tam üyelik görüşmelerine resmen başlamış olan Türkiye hukuk camiası açısından da özellikle Borçlar Kanununa ilişkin bir düzenleme ve yenileme öngörülüyor olması bakımından verimli bir çalışma konusu olduğu düşünülebilir.

¹⁸⁵ SCHLECHTRIEM, 2001, s. 537.

İKİNCİ BÖLÜM

KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA BORCUN İFA EDİLMEMESİNE BAĞLANAN SONUÇLAR

§ 3. BORCUN İFA EDİLMEMESİ VE SONUÇLARI

I. GENEL OLARAK

Kaynağı ne olursa olsun¹⁸⁶, bir şahsın (borçlunun) diğer bir şahsa (alacaklıya) karşı bir edimi yerine getirme mükellefiyetini ifade eden borcun veya daha doğru bir ifadeyle dar anlamda borç münasebetinin¹⁸⁷ hükmü, alacaklının edimin yerine getirilmesini yani ifayı talep edebilmesi, borçlunun da bu ifayı yapmakla mükellef olmasıdır¹⁸⁸. İfa, hukuki işlem (konumuz açısından özellikle sözleşme) ya da yasa gereği borçlanılmış olan edimin borçlunun etkinliği ile ve onun borca uygun eylemleri ile yerine getirilmesidir. Eğer olumlu veya olumsuz belirli bir eylemde bulunma borçlanılabilecek “edim”¹⁸⁹ ise, bu eylemi borca uygun bir biçimde yapma “ifa”dır¹⁹⁰.

Bilindiği üzere, şayet borç ifa edilmişse, alacaklı tatmin edilmiş ve prensip itibarıyla borç sona ermiş ve borçlu borcundan kurtulmuş olur. Buna karşılık borç ifa

¹⁸⁶Ortaya bir borç ilişkisi çıkaran hukuki olaylara “Borcun Kaynakları” denir. RADO, Türkan:Roma Hukuku Dersleri(Roma Borçlar Hukuku), İstanbul, 2001, s.55. ; TAHİROĞLU, Bülent: Roma Borçlar Hukuku, İstanbul, 2005, s.105

¹⁸⁷ Borç kavramı, bir şahsı, diğer bir şahsa bir edimi yerine getirme yükümlülüğü altına sokan hukuki bağ olarak ifade edilmektedir. Bu hukuki bağın bir tarafında alacaklı, diğer tarafında borçlu yer almakta ve bunların aralarında dar anlamı ile bir borç ilişkisi bulunmaktadır. OĞUZMAN/ÖZ: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2000, s.3; SEROZAN, Rona: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme (İfa Engelleri), İstanbul, 2002, §1 N 3 vd. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul, 1993, s.5.; Geniş anlamda borç ilişkisi ise bir dizi yan edim ve davranış(koruma) yükümüyle, yetkisiyle, ödeviyle, külfetiyle, “organizma ve süreç” anlamında borç ilişkisini ifade etmektedir. Bu anlamıyla borç ilişkisi ise ifa ile sona ermeyebilir.(İfa sonrasında sır saklama yükümlülüğü gibi.) SEROZAN, İfa Engelleri, §1 N 4b.

¹⁸⁸ OĞUZMAN, Kemal: Borçlar Hukuku Dersleri-Borçların İfası, İfa edilmemesi, Sona ermesi-(Adem-i İfa), İstanbul 1979, s.1.

¹⁸⁹ Alacaklının borçludan isteyebileceği, borçlunun da alacaklıya karşı yerine getirmek zorunda olduğu davranıştır. Verme, yapma, yapmama biçiminde ortaya çıkabilir. Başka bir anlatımla, borçlunun alacaklı yararına, borca uygun davranışdır. Bu niteliği ile borç ilişkisinin kurucu ögesi ve konusunu teşkil eder.

¹⁹⁰ SEROZAN, İfa Engelleri, § 1 N 4 vd.

edilmesi gerekirken ifa edilmemişse, bu durumun borç ilişkilerine nasıl bir etki yapacağı meselesi ile karşı karşıya kalınır¹⁹¹. Geçerli olarak oluşmuş ve ifayla amacına ulaşarak sona ermeye yönelmiş bir borç ilişkisi her zaman ifayla ya da ifa yerini tutan olgularla sona ermez. Çoğu zaman, ifa sürecinde, ifanın, yani borç ilişkisinin amacının¹⁹² gerçekleşmesini engelleyen hesaba katılmamış aksilikler ortaya çıkar. Borçlu, edimini eksiksiz, düzgün, zamanında yerine getiremez ya da gerçekleştiremez duruma düşebilir. Diğer taraftan, alacaklı da verilen söze uygun olarak ifayı kabullenmeyebilir ya da kabullenemez duruma gelebilir. Nihayet, koşulların beklenmedik bir biçimde değişmesi yüzünden ifa, borçluya yüklenemeyecek derecede güçleşebilir ya da alacaklı için tüm anlamını yitirebilir. Bu tür durumlar, genel anlamda borcun ifa edilmemesi anlamını taşıyan durumlardır. Bu anlamda borcun ifa edilmemesi anlamına gelen durumlar SEROZAN tarafından – biraz da genişletici bir yaklaşımla- şu başlıklar altında toplanmıştır: Alacaklı temerrüdü, alacaklının etki alanında gerçekleşen ifa imkansızlığı, borçlunun sorumluluğunu gerektiren sonraki imkansızlık, borçlunun sorumluluğunu gerektirmeyen sonraki imkansızlık, borçlu temerrüdü, sözleşmenin müspet ihlali, sözleşme öncesi görüşmelerde kusur (*culpa in contrahendo*), işlem temelinin çökmesi (borçlunun aşırı ifa güçlüğüne düşmesi ve alacaklının beklentisinin boşa çıkması)¹⁹³.

Araştırmamız, sözleşmeler hukuku alanında birer uyumlaştırma çalışması niteliğinde olan uluslararası belgelerde, yukarıda kısaca tanımlanan borcun ifa edilmemesi durumu ile nasıl başa çıkıldığını ortaya koymayı amaçlamaktadır. Söz konusu amaca ulaşılabilmesi için öncelikle, birer uyumlaştırma çalışması niteliğinde olan uluslararası düzenlemelerin kavramsal alt yapısını teşkil eden ulusal hukuk

¹⁹¹ OGUZMAN, Adem-i İfa, s. 1.

¹⁹² Borç ilişkisi her zaman ifa amacına yönelik olarak tesis edilmektedir, yani ifa borç ilişkisinin zorunlu unsurudur.

¹⁹³ SEROZAN, İfa Engelleri, § 11 N 2 vd.

düzenlerinde ifaya ilişkin kurumların nasıl düzenlendiğine ve ifa etmeme durumlarının hangi başlıklar altında toplanarak nasıl incelendiğine değinmek gerekmektedir.

Yukarıda, birinci bölümde de bahsetmiş olduğumuz üzere, CISG (Viyana Konvansiyonu) *civil law* ile *common law* arasında bir köprü kurmayı amaçlamakta; UNIDROIT ve PECL'nin hazırlanmasında Amerikan *restatement* sistemi model olarak kabul edilmekte olduğundan Kıta Avrupa'sı sistemlerinin temeli niteliğinde olan Roma hukukunda ifa ve ifa etmemeye ilişkin kavramsal çerçevenin yanı sıra *common law* hukuk düzeninde ifa ve ifaya ilişkin kavramlar da ortaya konulmaya çalışılacaktır. Diğer bir ifadeyle, çalışmamız doğrudan doğruya *common law* hukuk düzenini konu almasa da uyumlaştırma çalışmalarında kullanılan karşılaştırmalı hukuk yöntemi, Dünya üzerinde kabul edilmiş iki büyük hukuk sistemine (*civil law-common law*¹⁹⁴) değinmeyi zorunlu kılmaktadır.

II Civil Law Sisteminin Temeli Olarak Roma Hukukunda Borcun İfası ve İfa Edilmemesinin Kavramsal Altyapısı

Roma hukukunun başta Kıta Avrupa'sı ve diğer hukuk düzenleri üzerindeki etkilerinden birinci bölümde bahsetmiş olmakla beraber, burada öncelikle bu etkinin yoğun bir şekilde hukuki kavramlar üzerinde görülmekte olduğunu tekrar etmekte yarar vardır. Diğer taraftan, Roma borçlar hukuku Kıta Avrupa'sı hukuk düzenleri borçlar hukukunun temellerini teşkil etmektedir.

A) Borç Kavramı

Roma hukukunda borç kavramını ifade etmek için kullanılan *obligatio* terimi ile borç ilişkisi, hukuki ilişkinin taraflarını birbirine bağlayan, dolayısıyla borçluyu alacaklısına bağımlı kılan, borçlunun hayatını ekonomik anlamda olumsuz etkileyen

¹⁹⁴ Kavramların kullanımı için Bkz Giriş-Kavramsal Çerçeve,

bir bağa, zincire benzetilmiştir¹⁹⁵. Bununla birlikte Roma hukuku kaynaklarında borç münasebetinin çeşitli tariflerini görmek mümkündür. Bunlar arasında özellikle önemli olan iki tarif bulunmaktadır. Bunlardan birincisi *Iustinianus*'un *Institutiones*'inin borçlara dair bölümünün başındadır:

Ins. 3, 13, pr.

*“Borç (obligatio) öyle bir hukuki bağıdır ki onunla, devletimizin hukukuna uygun olarak bir şeyi eda etmeye mecbur tutuluruz”*¹⁹⁶

Yukarıdaki tanımda öne çıkan unsur, borç ilişkisinin mecazi bir şekilde bir bağa benzetilmesidir. Esasen, *obligatio* kelimesinin aslı da bağlamak, raptetmek anlamında olan *ligare* kelimesidir¹⁹⁷. Bu durum Roma hukuku nazariyatında borcun taraflar arasında bir bağ oluşturan bir ilişki biçimi olarak algılanması ile açıklanabilecektir. Nitekim borcun ifası anlamında kullanılan kelimeler *solvere* ve *solutio* olup bu kelimeler de aslında var olan bir bağın bir düğümün çözülmesi anlamını taşımaktadırlar¹⁹⁸.

Borcun tarifinin yer aldığı bir diğer metin ise, *Digesta*'nın “Borçlara ve davalara dair” başlıklı kısmında bulunan ve klasik hukukçulardan *Paulus*'a ait olan parçadır:

D. 44, 7, 3, pr. Paulus

“Borç ilişkilerinin özü bunların bize bir şey üzerinde bir mülkiyet veya irtifak hakkı temin etmelerinde değil, fakat bir kimseyi bize karşı bir

¹⁹⁵ ERDOĞMUŞ, Belgin: Roma Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul 2005, s. 1.

¹⁹⁶ Di MARZO, Salvatore: Roma Hukuku, (çev: Ziya Umur), İstanbul, 1959, s. 309; RADO, Türkan: Roma Hukuku Dersleri(Roma Borçlar Hukuku), İstanbul, 2001, s. 13, TAHİROĞLU, s.13.

¹⁹⁷ Di MARZO, s. 309; RADO, s. 13.

¹⁹⁸ Di MARZO, s. 309; RADO, s. 13.

şey vermeye veya yapmaya veya bir edayı ifaya mecbur edişlerinde görülür.”¹⁹⁹

Bu metinde borcun hukuki niteliği, aynı haklara mukayese edilmek suretiyle belirtilmiştir. Roma hukukunda borç münasebetinin, bu şekilde aynı haklara mukayese yoluyla anlatılması *actio* (dava) sisteminden kaynaklanmakta olsa gerektir. Zira, *Iustinianus*’un *Institutiones*’inin model olarak takip ettiği *Gaius*’un *Institutiones*’inde borç ilişkisi tarif edilmemekte²⁰⁰, bunun yerine *actio in personam* (şahsi dava) ile takip edilen hak olarak ifade edilmektedir²⁰¹. Diğer taraftan, borç ilişkilerini koruyan ve borcun ifası için bir baskı aracı oluşturan *actio in personam* lar çok sayıdadır²⁰². Roma hukukunda her borç ilişkisi, özel ve birbirinden ayrı, kendisine özgü davalarla korunmuştur. Romalı hukukçulara göre aynı zamanda borcun temel unsurlarından biri olan²⁰³ alacaklının borçlu üzerindeki baskı unsuru olan *actio* (dava) konumuz açısından önem teşkil etmektedir²⁰⁴.

B) Sorumluluk

İlk olarak, borçlunun borcun ifa edilmemesinden ne derecede sorumlu tutulabileceği meselesi üzerinde durmak gerekir. Bu sorumluluk mevcut bir borcun ifa edilmemesi ya da gereği gibi yerine getirilmemesinden yani akitten doğabileceği

¹⁹⁹ RADO, s. 15; TAHİROĞLU, s.14.

²⁰⁰ RADO, s. 14.

²⁰¹ TAHİROĞLU, s. 15.

²⁰² RADO, s. 27.

²⁰³ RADO, s. 13; TAHİROĞLU, s. 17; Buna göre, borç ilişkisinin üç temel unsuru olduğunu görürüz: 1) Borç ilişkisinin tarafları; 2) Borçlunun ifa ile yükümlü olduğu edim; 3) Alacaklının alacağını elde etmek için borçlusuna karşı kullanacağı zorlama unsuru.

²⁰⁴ Roma hukukunda, bir *actio*’su olmayan tam bir borç tasavvur edilemediği gibi bir *actio* ile korunmuş olan tam borçlara, *ius civile* tarafından muteber olarak tanınan borç anlamında *obligatio civilis* denirdi. Borcunu kendi arzusu ile yerine getirmeyen borçluya karşı alacaklı, *actiosunu* kullanır ve hakim kararıyla borçlunun borcunu ifaya mahkum edilmesini sağlardı. Roma hukukunda hakim kararı ile borçlunun ifaya mecbur edilmesine rağmen borçlunun borcunu ifada direnmesi halinde çeşitli icra usullerinin bulunduğunu da belirtmek gerekmektedir. Ancak konumuz açısından önemli olan husus, roma hukukunda borç kavramının davalar sistemi ile yakından ilişkili olduğu ve kaynağı ne olursa olsun borçların ifası meselesinde davalar sisteminin öne çıktığını belirtmektir.

gibi haksız fiilden de doğabilecektir. Burada konumuz açısından önemli olan, akdi sorumluluğun düzenlenme biçimidir.

Buna göre, eski hukuklarda olduğu gibi, Roma hukukunun eski devirlerinde objektif sorumluluk prensibi hakimdir. Objektif sorumluluk ilkesi Roma hukukunun klasik devrine ve Bizans hukuku dönemine doğru etkisini kaybetmeye başlarken Iustinianus hukukunda subjektif sorumluluk (kusur sorumluluğu) hakimdir²⁰⁵. Borçlunun kusuru olmadığı halde sorumlu tutulması giderek haksız görülmeye başlanmış ve kusur aranmaksızın borçlunun sorumlu tutulduğu haller bu dönem hukukunda birer istisna teşkil etmeye başlamıştır²⁰⁶. Roma hukukunun son dönemlerine hakim olan bu prensip, Türk medeni hukuku ve borçlar hukukunu da derin bir biçimde etkilemiştir²⁰⁷.

Bu geç dönem Roma hukukunda, borçlunun ifa edilmemiş borçtan doğan zararları tazmini için kusurlu olmasının aranacağını kabul edilmesi, kusurun ne olduğu ve derecelerine ilişkin bir sınıflandırmayı da beraberinde getirmektedir. Borcun yerine getirilmesi yönünde bir iradenin olmaması ya da aksinin istenmesi (yani borcun yerine getirilmemesinin istenmesi-kasıt) durumunda borca aykırı hareket edildiği veyahut ifa iradesinin yeteri kadar kuvvetli olmadığı durumlarda söz konusu irade eksikliği ya da bozukluğu kusur olarak tanımlanmaktadır²⁰⁸. Kusurun bazı hallerde daha ağır bazı hallerde ise daha hafif olabileceği kabul edilmiş buna göre kusur, ikiye ayrılmıştır: kasıt-*dolus*, ve ihmal-*culpa*²⁰⁹.

²⁰⁵ RADO, s. 37, 41 vd.

²⁰⁶ RADO, s. 37; TAHİROĞLU, s. 42. “Bu suretle Roma hukukunun tarihi boyunca sorumluluk prensipleri hususunda devamlı gelişme ve değişimler olmuştur; bilhassa *interpolatio* yoluyla esaslı surette değiştirilmiş olduklarından, klasik devirde sorumluluk konusunda cari olan prensiplere bugün tam anlamıyla vakıf olunamamaktadır.”

²⁰⁷ RADO, s. 37; TAHİROĞLU, s. 45.

²⁰⁸ RADO, s. 38;

²⁰⁹ *Dolus* tabiri muayyen bir hareket tarzını ve irade istikametinin (bilerek ve isteyerek borcun ifa edilmemesi veya ifasının imkansız hale getirilmesi) mevcut olup olmamasını ifade ettiği halde *culpa*, ihmalin dikkatsizlik ve tedbirsizliğin çeşitli derecelerini ifade etmektedir. *Iustinianus* hukukunda

Diğer taraftan, “*Iustinianus* hukukunda var olan ve başlangıcı muhtemelen klasik çağa kadar uzanan bir temayüle göre, borçlunun sorumluluğu borç münasebetinden istifadesi olmadığı zamana nazaran daha sert takdir ediliyordu”²¹⁰. Diğer bir ifadeyle, fayda ve menfaat ilkesine göre (*ulititas*) borçlunun borç ilişkisinden menfaati oranında sorumlu tutulması benimsenmiştir. Örneğin; kullanmak için ariyet almak ile muhafaza için vedia alma arasında kullananın özen yükümlülüğünün diğerine göre daha fazla olduğu düşünülmektedir²¹¹.

Borcun ifasının imkansızlaşması halleri de kusurla bağlantılı olarak ele alınmaktadır. Buna göre, ilk olarak, borcun ifasının borçlunun kusuru olmadan, borç konusu olan şeyin telefi ile imkansızlaşması halinde borcun çözüldüğünü ancak borçlunun iktisaden darlığa düşmesinin onu borçtan kurtarmadığını söylemek gerekir (D. 45,1,137,4)²¹². Borcun ifasının borçlunun kusuru ile veya kastı ile imkânsızlaşması halinde, borçlunun sorumlu olduğu kabul edilmektedir²¹³. Borç konusu şeyin borçlunun kusuru ile telef olması halinde, borç devam edeceğinden alacaklının da o şey telef olmamış gibi onu talep etmek hakkını haiz olduğu söylenebilecektir²¹⁴. Bu durumda ise parça borcu cins borcu ayrımı önem kazanmaktadır. İmkânsızlaşan cins borcu bakımından borcun, zararı tazmin borcuna dönüştüğü söylenebilecektir²¹⁵.

ihmal iki dereceye ayrılmıştır: Ağır ihmal(*culpa lata*) ve hafif ihmal(*culpa levis*) ; bu ayrım Roma hukukunun etkisi altındaki modern hukuklar tarafından da kabul edilen bir ayrımdır.. RADO, s. 39.;TAHİROĞLU, s. 55.

²¹⁰ RADO, s. 42.

²¹¹ TAHİROĞLU, S 59. Aldığı malı kullanan ariyet alanın bütün kusurlarından (kast, ağır ihmal, hafif ihmal) sorumludur. Buna karşılık vedia alan, istisnai hallerde borç altına girdiği gibi, sorumluluğu da aldığı malı ücretsiz saklamak yükümlülüğüne girmiş olduğundan sadece kastından sorumludur. Ancak muhafaza karşılığında ivaz verilecekse, o zaman muhafaza eden tüm kusurlarından da sorumlu tutulurdu. ERDOĞMUŞ, s. 37. dn. 76.

²¹² Di MARZO, s. 324.

²¹³ Di MARZO, s. 324.

²¹⁴ Di MARZO, s. 327.

²¹⁵ TAHİROĞLU, s. 71.

Borcun ifasının borçlunun kusuru olmaksızın, beklenmeyen haller sonucunda imkânsızlaşması durumunda *Iustinianus* hukukunda, borçlunun prensip olarak sorumlu olmayacağı kabul edilmiştir²¹⁶. Klasik hukukta ise, nezaret sorumluluğu (*custodia*) denilen bir sorumluluk türü söz konusudur. Buna göre, borçlu kendisine bırakılmış şeyin dikkatli ve devamlı bir nezaretle önlenmesi mümkün kaybından yani bazı beklenmedik hallerden de sorumlu tutulmaktaydı²¹⁷. Bazı sözleşme türleri ve kişiler için getirilen bu nezaret sorumluluğunda, sorumluluğun sınırları genişletilmiş, önlenmesi mümkün olabilecek beklenmeyen haller açısından da, otel sahipleri, gemiciler, ariyet alanlar, ahır sahipleri, istisna akdi ile bağlı bulunanlar, kiracılar gibi kişiler sorumlu tutulmuştur. Bununla birlikte, bazı beklenmeyen hallerin, hiçbir beşeri kuvvetle önlenemeyecek ve öngörülemez kadar kuvvetli, önüne geçilemez olaylar sonucunda oluşmakta olduğunu kabul eden Roma hukuku, beklenmeyen hal (*casus fortuitus*) ve mücbir sebep (*vis major*) arasında bir ayrım yapmış ve klasik dönemde, *custodia* sorumluluğunun uygulandığı dönemlerde dahi, borçluları mücbir sebepten ötürü sorumlu tutmamıştır²¹⁸.

Roma hukukundaki sorumluluk ilkelerinin gelişim seyrine bakıldığında, borçluyu her halde borcun ifa edilmemesinden sorumlu tutan objektif sorumluluktan, borçlunun sorumlu tutulabilmesi için kusur şartının arandığı subjektif sorumluluğa doğru bir seyir izlediği görülecektir.

C) Temerrüt ve Sonuçları

Borcun ifasının, geciktirilmesi anlamında kullanılan temerrüt (*mora*) kavramı (D. 12, 1, 5; D.45, 1, 23), borçlu bakımından söz konusu olabileceği gibi alacaklı açısından da söz konusu olabilmekteydi. Klasik hukukta da alacaklının bazı edalar

²¹⁶ RADO, s. 43.; Di MARZO, s. 326.

²¹⁷ RADO, s. 44

²¹⁸ RADO, s. 44. Mücbir sebep ile borcun ifasının imkansız hale gelmesi halinde mukadder bir zarardan bahsedilirdi ve bu gibi hallerde borç ilişkisinin çözüldüğü, borçlunun sorumlu tutulamayacağı kabul edilirdi.

için borçluyu ifaya davet etmesi gerekmekte ise de esas olarak *Iustinianus* hukukunda borçluyu *interpellatio* (ihtar) ile edaya davet usulü ortaya çıktı²¹⁹. Temerrüt durumunda borçlunun sorumluluğunun ağırlaştığı görülmektedir. Zira borçlunun borç konusu olan şeyle ilgili bütün zararlardan sorumlu olduğu hatta borç konusu olan şeyde beklenmedik hallerden doğan zararlardan da sorumlu tutulacağı kabul edilmiştir. Ayrıca borçlu temerrüde düştükten sonra borç konusu olan şeyde kendi kusuru olmaksızın bir imkânsızlık ortaya çıkması halinde dahi borcundan kurtulamayacaktır²²⁰. Temerrüde düşen borçlu, gecikme müddeti için hakim tarafından takdir edilen faizi de ödemekle yükümlüdür²²¹.

Borcun ifasının alacaklı yüzünden gecikmesi hallerinde ise (alacaklının temerrüdü- *mora creditoris*), borçlunun sorumluluğunun hafiflediği görülmektedir. Zira bu gibi durumlarda, ifası gereken şeye gelen zararlardan borçlu ancak kasıtlı olması hallerinde sorumlu tutulmaktadır. Ayrıca eğer borçlu, borcu için faiz ödüyorsa alacaklının temerrüde düşmesinden itibaren bu borcundan kurtulacağı gibi, borç konusu şeyin muhafazası nedeni ile yaptığı masrafları da alacaklıdan talep edebilecektir²²².

II. Common Law Sisteminde Borcun İfası ve İfa Edilmemesinin Kavramsal Altyapısı

Anglo-Amerikan hukuk çevresinin, kaynağını İngiliz hukukundan alarak oluşturmuş olduğu hukuk düzeninin *common law* tabiri ile ifade edildiği bilinmektedir. Kıta Avrupası hukuk çevresindeki hukuk düzenlerinden (Fransız-Alman) oldukça farklı olan *Common Law* hukuk düzeninin özelliğini, her şeyden önce yüz yılı aşkın bir süredir, yüksek mahkemeler tarafından yaratılan içtihat

²¹⁹ Di MARZO, s. 328.

²²⁰ RADO, s. 229; TAHİROĞLU, s. 91

²²¹ RADO, s. 230.

²²² RADO, s. 230; TAHİROĞLU, s. 92.

hukukuna (*case law*) ve yine mahkemelerin ele aldıkları kanun metinlerine dayanmasında kendini göstermektedir²²³. Bunun yanında, bu hukuk sisteminde dikkatli, özenli bir biçimde yaşamsal ilişkilerin gözlem altına alınarak sorunların ele alınması ve verilen kararların soyut ve sistematik bir çalışma ile değil daha çok somut ve tarihsel bir bakış açısıyla ortaya çıkması da önemli bir unsurdur. *Common law*'da bazı hukuki kurumların Kıta Avrupa'sındakinden oldukça farklı olması, bu iki hukuk düzeninin karşılaştırılmasında büyük güçlükler yarattığı gibi, Kıta Avrupa'sı hukukçularının diğer hukuk düzenini anlamasında da zorluklar ortaya çıkarmaktadır²²⁴. Özellikle çalışmamızda ele alacak olduğumuz hukuk uyumlaştırması metinlerinde görülen *common law* etkileri, sözleşmelerin ifa edilmemesi durumuna getirilen çözümlerde yarattığı farklılık ile öne çıkmaktadır.

Bu bölümde genel olarak sözleşmelerin ifa edilmemesi konusunda *common law*'un öngördüğü çözümleri ele almaya çalışacağız.

Anglo-Amerikan hukuk çevresi, Kıta Avrupa'sı hukuk çevresinden farklı bir bakışla sözleşmeleri ele almakta ve bu durum da doğal olarak, sözleşmelerin ifasında ortaya çıkan engellere ve aksamalara uygulanan kuralların düzenlenişini etkilemektedir. Kıta Avrupa'sı hukuk çevresinde yukarıda da belirttiğimiz gibi Roma hukukunun etkileri ile sözleşmeye taraf olan kişi, sözleşme ile belirli bir şeyi yapmaya veya yapmamaya kendisini bağlı kılmaktadır ve eğer gerekli görülürse o şeyi yapması mahkeme tarafından sağlanabilmektedir. Ana kural bu olduğundan Kıta Avrupa'sı hukuk çevresi, sözleşme ihlallerini ancak borçlunun ifa etmemeden sorumlu sayılabildiği durumlarda yaptırım altına almaktadır. Yani borçlu, sözleşme

²²³ OĞUZ, Karşılaştırmalı Hukuk, s. 253.

²²⁴ OĞUZ, Karşılaştırmalı Hukuk, s. 254.

ile üstlendiği şekilde bir davranış biçimini gösterebilecek durumdayken başka türlü davranmakta kusurluysa, bir yaptırım söz konusu olmaktadır²²⁵.

Common Law'da ise durum bunun tersidir. Bu hukuk düzeninde sözleşme ile üstlenilen bütün yükümlülükler, ifa edilmemeleri durumunda tazminata götüren birer garanti yükümlülüğüdür. Bu temel ilke, Kıta Avrupa'sı hukuk çevresindeki düzenlemelerle *common law* arasındaki farklılıklardan birini ortaya koymaktadır. Bu farklılıklardan ilki ve en önemlisi, sözleşmenin ihlali (*breach of cotract*) kavramının yeknesak bir biçimde bütün sözleşme ihlali türlerini ifade edecek şekilde bütüncül olarak kullanımıdır. İkincisi ise, bütün sözleşme ihlallerinin sözleşme ile üstlenilen edimlerin, niteliğine bakılmaksızın birer garanti yükümlülüğü doğurması nedeniyle, tazminata yol açmasıdır. Bu durum da yeknesak sözleşmeye aykırılık anlayışının önemli bir uzantısıdır. Buna göre, borçlunun üstlenmiş olduğu bütün edimler için garanti sorumluluğu olduğunu kabul eden bir sistemde sözleşmelerin ifa edilmemesini çeşitli nedenlere göre ayrıma tabi tutup sistematize etmeye gerek yoktur. Bunun gibi borçlunun borcunu kısmen mi yoksa bütünüyle mi ifa etmediği ya da geç ifanın söz konusu olup olmadığı gibi durumlar da *common law*'ı ilgilendiren durumlar değildir; zira sözleşme ile üstlenilen sonuç elde edilemediyse garanti borcu gerçekleştirilmemiş ve sözleşmeye aykırılık (*breach of contract*) oluşmuştur²²⁶.

Ayrıca, tazminata ilişkin talepler sözleşmeye aykırılıktan borçlunun ya da

²²⁵ Özellikle satım sözleşmeleri açısından satıcının satmakta olduğu malların ayıplı olmasına karşı tekeffül borcu altında olduğu hususu düzenleme altına alınmıştır. Bu durum ise “garanti” kavramı ile ifade edilmektedir. Yani, satım sözleşmesi bakımından satıcının tekeffül yükümlülüğü sadece o sözleşme tipine has bir garantidir. Yahut başka sözleşme türleri açısından sözleşme ile kararlaştırılması halinde garanti yükümlülüğü söz konusu olur. Bu durumda genel ifa etmeme kavramı ile özel olarak sözleşme türleri arasında radikal bir ayrıma gidilmekte olduğu ifade edilmiştir. Bkz. ZWIEGERT/KÖTZ, s. 539.

²²⁶ Örneğin, ifa yerine, ifa zamanına, teslim edilecek malın niteliklerine ilişkin olarak yapılan taahhütler, sözleşmesel garanti taahhüdüdür. Dolayısıyla mal teslim edilmezse teslim taahhüdü, geç teslim edilirse, vaktinde teslim taahhüdü, sözleşmeye aykırı teslim edilirse, uygun teslim taahhüdü ihlal edilmiş olur. Teslim etmemenin somut olayda imkansızlıktan veya teslim etmek istememekten kaynaklanması, tazminat sonucu bakımından bir fark yaratmaz. Buna karşılık, ifa etmemenin ya da sözleşmeye aykırılığın varlığı tespit edildikten yani ortada bir *breach of contract* olduğu anlaşıldıktan sonra, uygulanacak en doğru yaptırımın hangisi olduğunun belirlenmesi noktasında, tazminat yaptırımı en birincil başvuru yöntemi olmak kaydıyla, ifa etmeme durumunun somut olay bazında derecesi(kısmi veya tam), niteliği (eksik ifa- ayıplı ifa- gecikmiş ifa) gibi durumlar incelenmektedir.

yardımcılarının kusurlu olmasını gerektirmemektedir²²⁷. Yani sözleşmenin her türlü ihlali dolayısıyla borçlunun sorumlu tutulabilmesi kusur şartına bağlı değildir. Ancak bu demek değildir ki, *Common Law* hiçbir şekilde borçlunun kusuru ile ilgilenmez. Bu noktada, sözleşmenin ihlali dolayısıyla en birincil yaptırım seçeneği olan tazminatın miktarının belirlenmesinde somut olay bazında kusur incelemesi mahkemeler tarafından yapılabilecektir.

Borçlunun borcun ifa edilmemesinden dolayı kimi durumlarda sorumlu tutulmaması *common law* için de söz konusudur. Ancak bu durumlarda borçlunun sorumluluktan kurtulması, onun ortaya çıkan sözleşmeye aykırılıktaki kusuru ölçüsünde söz konusu olmamakta, ancak kimi bazı durumların borçlunun garanti yükümlülüğünün sınırları dışında kaldığı düşünülmekte ve bu nedenle sorumluluktan kurtulma söz konusu olabilmektedir²²⁸. Bu durum ise borçlunun sözleşmenin ihlali dolayısıyla kusurlu olmadığı ancak yine de sorumlu tutulması gerektiği yolundaki temel prensibin sınırını teşkil eder.

Diğer taraftan *common law* sisteminin, ayıplı ifa durumunda ortaya çıkan sorunlarla başa çıkmak konusunda özel bir yöntem öngörmesine de gerek kalmamıştır. Zira Anglo-Amerikan hukukçuları için satım, hizmet veya kira sözleşmelerinin hepsi bakımından garanti yükümlülüğünün ihlali, tazminatı gerektiren birer sözleşmesel ihlal oluşturur. Sözleşmesel sorumluluğun bir garanti sorumluluğu olması ve genel sorumluluğun söz konusu olması anlayışlarının bir araya gelmesi, ayıplı ifade bulunan tarafın ayıplı mal teslimi ile karşı tarafa verilen zararlardan sorumluluğunun neden bu kadar sıkı olduğunu açıklamaktadır²²⁹.

²²⁷ ZWEİGERT/KÖTZ, s. 540.

²²⁸ ZWEİGERT/KÖTZ, s. 566.

²²⁹ ZWEİGERT/KÖTZ, s. 540.

Sözleşmenin ifa edilmemesi dolayısıyla alacaklının her zaman tazminat talebinde bulunması genel kural²³⁰ olmakla birlikte, bazı durumlarda sözleşme ihlalinin ‘esaslı’ sayılması ile alacaklının sözleşmeyi feshetme ve ifa etmiş olduğu edimlerini talep etme gibi hakları da bulunmaktadır. Yani sözleşme ihlallerinden, tazminat dışında alacaklının fesih yoluna başvurusu, sözleşme ihlalinin esaslı (*fundamental breach*) sayılmasına bağlanmıştır. Bu anlamda bir sözleşmesel yükümlülüğün esaslı olup olmadığı hususlarına cevap verirken İngiliz mahkemeleri, genellikle anlamları oldukça yaygın bir çeşitliliğe sahip iki kavramdan hareket etmektedirler. Bunlardan ilki garanti, kefaletname anlamlarına gelebilecek, ‘*warranty*’; diğeri ise koşul, şart anlamına gelebilecek ‘*condition*’ kavramıdır. Buna göre sarıh veya zımni olarak üstlenilmiş olsun bütün sözleşmesel yükümlülükler, bu hukuk çerçevesinde birer garanti/*warranty*’dir²³¹. Bu yükümlülük ihlal edilirse, zarar gören taraf sözleşmenin ifa edilmemesinden dolayı tazminat talebinde bulunabilir. Ancak, kendi üzerine düşen edimi ifa etmeye devam etmelidir. Zarar gören tarafın sözleşmeden dönmesi ise ancak borçlunun ihlal ettiği sözleşmesel yükümlülüğün aynı zamanda sözleşme açısından şart/*condition* olmasına bağlıdır²³². Bu kavramların sözleşmenin ihlalinin esaslı olup olmadığı hususunu aydınlatmak bakımından oldukça şekilci bulunması üzerine Amerika’da Restatement 2nd of Contracts²³³, sorunu çözmek bakımından bu kavramlardan vazgeçmiş ve taraflardan birisinin karşı tarafın sözleşmeyi ihlalinden dolayı kendi edimini ifa etmeyi reddetme hakkına sahip

²³⁰ Borcun ifa edilmemesi neticesinde alacaklının “aynen ifa” hakkına sahip olup olmadığı ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. III.B.1.b.

²³¹ ZIMMERMANN, Reinhard: The Law Of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition,(Law of Obligations) Oxford, s. 803.

²³² *Condition* kelimesi Kıta Avrupa’sı hukukçuları için bu bağlamda oldukça tuhaf görünmektedir. Zira Kıta Avrupa’sı hukukçuları için *condition*/şart kelimesi, gelecekte gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belli olmayan ve buna bağlı olarak hukuki bir takım sonuçlar doğurabilecek olaylar olarak nitelendirilmektedir. Bu kavram, aynı anlamda *common law* hukukçuları tarafından da kullanılmakla birlikte buna ek olarak sözleşme hukuku içerisinde, ifa edilmemesinin zarar gören tarafı kendi yükümlülüklerini ifadan kurtaran ve sözleşmenin tümü bakımından tazminat talebi sonucunu doğuran sözleşmenin esaslı yükümlülüğü anlamında da kullanılmaktadır. ZWEİGERT/KÖTZ, s. 541.

²³³ Restatement 2nd of Contracts ile ilgili ayrıntılı bilgi için Bkz. yuk. s.36. dn.134.

olduğu durumlarda tam tazminat hakkı tanımıştır. Bu durum elbette, diğer tarafın sözleşme ihlalinin ‘esaslı bir ihlal’ olması halinde söz konusu olacaktır²³⁴.

Sözleşmenin kısmen ifa edilmemesi veya yanlış ifa edilmesi gibi durumların yanı sıra sözleşmenin hiç ifa edilmemiş olması durumları da *common law* için önemlidir. Ancak *common law* burada, imkansızlık ile temerrüt arasında bir ayrım yapmamaktadır. Sözleşmenin ifası için kararlaştırılan zaman, sözleşmenin diğer unsurları gibi herhangi bir unsur olarak kabul edilmektedir ve zamana ilişkin yükümlülüğün ihlal edilmesi de diğerlerinde olduğu gibi zarar gören tarafa tazminat talebi hakkını vermekte ve şayet bu, sözleşme bakımından esaslı bir unsur ise sözleşmeden dönme hakkını tanımaktadır.

Bu bağlamda zamana ilişkin yükümlülüğün esaslı olup olmadığı somut olay üzerinden kararlaştırılacak bir durumdur. Somut olay üzerinde eski *common law* düzenlemelerinde zamana ilişkin düzenlemeler sözleşmenin esaslı bir özelliği olarak kabul edilmekteydi; ancak daha sonraları *equity* mahkemeleri²³⁵ bunun somut olay üzerinde kararlaştırılacak bir husus olduğuna karar verdiler ve bu kural *Law of Property Act*’in 41. bölümünde genel bir kural haline getirildi. Ancak mahkemeler genellikle ticari nitelikteki sözleşmelerde zamana ilişkin düzenlemeleri esaslı bir unsur olarak kabul etmekte bu durum özellikle de satım sözleşmelerinde kendisini göstermektedir²³⁶. Sözleşmenin esaslı olarak bir zaman koşulunu içermemesi

²³⁴ Restatement 2nd of Contracts §241, sözleşme ihlalinin esaslı sayılıp sayılmadığını tespit etmek bakımından bazı durumları saymaktadır: zarar gören tarafa ifanın halen yapılıp yapılamayacağı, tazminatın böyle bir durumda zararı karşılamak bakımından yeterli olup olmayacağı ve edimini ifa etmeyen tarafın bu davranışının iyi niyet standartları ile ne derecede uyumlu olduğu gibi.

²³⁵ İngiliz Hukuku içtihatlar tarafından geliştirilen *case law* ve kanunlardan oluşan *statutory law* olmak üzere başlıca iki alandan oluşmaktadır. Case Law ise, yüz yılı aşkın bir süredir günümüzde de önemini koruyan iki kategoriden oluşur: *Common Law* ve *Equity*. 14.yy’ın sonlarına doğru Krallık Mahkemelerinin hukuk yaratma faaliyetlerinde görülen zayıflama, ezilen tarafların doğrudan Kral’a başvurarak *common law*’a göre değil, vicdan ve ahlaka göre karar verilmesini istemeye yöneltmiştir. Bu talepler üzerine en yüksek idari memur olan *chancellor* tarafından verilen ve görece daha adil-yumuşak sayılan bu kararlardan oluşan hukuk ise *Equity* adını almıştır. OĞUZ, Karşılaştırmalı Hukuk, s.257 vd.

²³⁶ Örnek davalar olarak, *Lock v. Bell*[1931]; *Harold Wood Brick Co. V. Ferris* [1935] gösterilebilir. Aynı kural, Restatement 2nd of Contracts §242 ‘de görülmektedir

durumunda borçlu makul bir süre içinde edimini ifa etmelidir. Burada alacaklı Kıta Avrupa'sı hukuklarında olduğu gibi sözleşmeyi sona erdirmeden önce bir uyarıda bulunmak zorunda değildir. Ancak yine de ticari hayat bakımından sözleşmenin kesin bir zaman koşulu içermediği durumlarda böyle bir uyarıda bulunmanın doğru bir davranış olduğu düşünülmektedir²³⁷.

“Beklenen sözleşme ihlalleri” ise *common law* tarafından özel bir muameleye tabi tutulmaktadır. Kural olarak sözleşmenin ifa edilmemesinden dolayı talepte bulunmak ancak sözleşme ile üstlenilen edimlerin ifa zamanının dolmasından sonra mümkün olabilmektedir. Ancak bundan önce taraflardan birisi sözleşme ile üstlendiği edimlerini ifa etmeyeceğini açıkça ifade etmiş veya göstermişse diğer taraf bu durumda sanki sözleşme ihlali varmış gibi davranarak sözleşmeyi sona erdirebilir ve zararlarını talep edebilir²³⁸.

Common law'da sözleşen tarafların tazminat sorumlulukları, ifa etmemenin nedenlerinden etkilenmemektedir. Özellikle, Kıta Avrupa'sından farklı olarak tazminat sorumluluğu açısından sadece zarar ile sorumlu olan kişi arasındaki bağ yeterli sayılmaktadır: “ satıcının ifa etmemesinin onun ilgisiz olmasından ya da özellikle ihmalkâr davranmasından ya da sadece talihsiz olmasından kaynaklanması arasında bir fark yoktur. Önemli olan ifaya ilişkin olgudur²³⁹.”

Bu bağlamda, sözleşen tarafların sözleşme ile üstlendikleri yükümlülükler birer garanti yükümlülüğü sayıldığına göre, tarafların hangi koşullarda sorumluluktan kurtulacakları da bu garantinin kapsamı ile ilgilidir "Başlangıçtaki imkansızlık" Kıta Avrupa'sı hukukçuları bakımından tarafların sahip olduğu garanti sorumluluğunun sınırlandırıldığına ilişkin sayılabilecek hallerden biridir. Bu konu ile ilgili önemli bir karar, İngiliz mahkemeleri tarafından verilen, *Couturier v. Hastie (1856)* kararıdır.

²³⁷ ZWEİGERT/KÖTZ, s. 543.

²³⁸ ZWEİGERT/KÖTZ, s. 543.

²³⁹ *Nicolene Ltd. v. Simmonds*, [1952] CA.

Bu şekilde verilen kararlar, daha sonradan taraflarca konusunun varlığı üzerinde hataya düşülen akitlerin bağlayıcı olmadığına ilişkin bir genel kurala dönüşmüştür²⁴⁰. Tarafların garanti yükümlülüğünün dışında kalan hallerin diğeri ise, sözleşmenin akdedilmesinden sonra ortaya çıkan ve sözleşmenin ifasına bir engel teşkil eden durumlardır. Bu durumlar ise Kıta Avrupa'sı hukukçuları tarafından 'sonraki maddi imkansızlık' (*nachtragliche Unmöglichkeit*) olarak nitelendirilebilecek durumlardır²⁴¹.

²⁴⁰ English Sale of Goods Act s.6. "Where there is a contract for sale of specific goods and the goods without the knowledge of the seller have perished at the time when the contract was made, the contracts is void.". Aynı kural, UCC §2-613 'de de bulunmaktadır.

²⁴¹ English Sale of Goods Act s.7 "Where there is an agreement to sell specific goods and subsequently the goods, without any fault on the part of the seller or buyer, perish before the risk passes to the buyer the agreements is avoided"

§ 4.UYUMLAŞTIRMA ÇALIŞMALARINDA BORCUN İFA EDİLMEMESİNE BAĞLANAN SONUÇLAR

II. ULUSLARARASI SATIM SÖZLEŞMELERİNE İLİŞKİN BİRLEŞMİŞ MİLLETLER ANTLAŞMASI-CISG'DE BORCUN İFA EDİLMEMESİNİN SONUÇLARI

A) CISG'in Borcun İfa Edilmemesi Sistemine Genel Bakış

CISG'de, satım sözleşmesinin tarafları açısından borcun ifa edilmemesine bağlanan sonuçları açık bir biçimde ortaya koyabilmek için öncelikle CISG'in sözleşmeye aykırılık anlayışından bahsetmek gerekmektedir. CISG'in sözleşmeye aykırılık anlayışı Türk-İsviçre hukukunda hakim olan anlayıştan bazı önemli noktalarda ayrılmaktadır. Özellikle sistemin temel anlayışını ve iskeletini belirleyen kavramlar ve ayrımlar noktasından bakıldığında bu farklılık daha da göze çarpar. Bu anlamda Türk-İsviçre hukukunda alışık olduğumuz kavramlar ve ayrımların bazen hiç kullanılmadığını ve yine alışık olduğumuz kavramların başka bölümlerinde karşımıza çıktığını görmekteyiz. CISG'in milletlerarası bir antlaşma olması dolayısıyla birden fazla hukuk düzeninin görüşlerini yansıtır olması anlaşılır bir şekilde bu sonucu doğurmaktadır. Zira CISG'de *civil law* sistemi ile *common law* hukuk çevresi bağdaştırılmaya çalışılmıştır. Bununla birlikte sözleşmeye aykırılık anlayışının temelinde ciddi bir *common law* etkisi görüldüğü söylenmektedir²⁴².

Bu anlamda Türk-İsviçre hukukunun da bir parçası olduğu Alman hukuk çevresinde sözleşmeye aykırılığın düzenlenmesinde göze çarpan özelliklerden ilki, sözleşmeye aykırılığın genel bir kavram olarak Borçlar Kanununda yer almaması,

²⁴² ATAMER, CISG, s. 281. Bu açıdan ileri sürülen görüşlerin, görüş sahibinin mensup olduğu hukuk çevresiyle ilişkili olduğu noktasına rezerv koymakta fayda görüyoruz, zira ileride de üzerinde durulacağı gibi özellikle aynen ifanın benimsenmesi noktasında *common law* hukukçuları, CISG'in *civil law* etkisi altında olduğunu ifade etmektedirler.

onun yerine, somut bazı sözleşmeye aykırılık türlerine yer verilmiş olmasıdır²⁴³. Yasa koyucu, imkansızlık (BK m.96), temerrüt (BK m.106) ve gereği gibi ifa etmemeyi başlıca sözleşme ihlali olguları olarak değerlendirmiş ve bunlar üzerinde durmuştur. Hatta imkansızlığı önceki/sonraki imkansızlık (BK m.20/m.96), kusurlu/kusursuz imkansızlık (BK m.96/m.117) gibi ayrımlarla büyük ölçüde ifa engelleri hukukunun merkezi bir kavramı haline getirmiştir. Diğer taraftan, ifa etmeme durumlarının hem bütün sözleşmeler için “borçlar genel” hükümleri altında hem de ayrı sözleşme türleri için “borçlar özel” hükümleri başlığı altında incelenmesi ve yeknesak bir ifa etmeme/sözleşmeye aykırılık sisteminin bulunmaması bu hükümler arasında kimi zaman çelişkilere yol açmakta, çoğunlukla ise telahuk meselesi ortaya çıkarmaktadır²⁴⁴.

Borçlar hukuku sistemimizin bu handikaplarına ileride değinilecek olmakla beraber²⁴⁵ CISG’in yeknesak sözleşmeye aykırılık sistemini kabul ederek *common law* etkilerini taşımakta olduğunu belirtmek gerekir. Buna göre, CISG madde 45, satıcının sözleşmeye aykırı davranışını tanımlarken, satıcının “sözleşmeden veya bu Antlaşmadan doğan yükümlülüklerinden herhangi birini yerine getirememesi” olduğu belirtilmiştir. Temel bir ilke olarak Antlaşma, teslim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi, geç teslim etme, belirlenenden farklı malların teslimi ve teslim edilen malların uygun olmaması gibi ifa etmeme türlerinin hepsini içine alan, yeknesak bir sözleşmeye aykırılık sistemine dayanmaktadır²⁴⁶. Dolayısıyla sözleşmeye aykırılığa bağlanan sonuçlar da bütün bu ayrı tipteki ifa etmeme durumları için aynı kabul edilir²⁴⁷.

²⁴³ SEROZAN, İfa Engelleri, §11 N.1 vd.

²⁴⁴ SEROZAN, İfa Engelleri, § 11 N.1 vd.

²⁴⁵ Bkz. aşı. IV.

²⁴⁶ BASEDOW, Universal Doctrine, s. 490.

²⁴⁷ Bkz. Art. 45 CISG.

CISG'in *common law* ve *civil law* hukuk çevrelerini bir anlamda birleştiren bir yaklaşımı benimsemiş olması çalışmamızda ele alınmakta olan hukukun uyumlaştırılması niteliğinde olan çalışmaları büyük ölçüde etkilemiş ve “modern” sözleşmeye aykırılık anlayışı aykırılıklar arasında bir ayırım yapmaksızın yaptırımları düzenleme yolunu benimsemiştir²⁴⁸. PECL ve PICC de bu anlayışı benimsediği gibi, yeni Hollanda Medeni Kanunu, İskandinav ülkelerinin kanunları ve 2002 değişikliği sonrasındaki Alman Medeni Kanunu sözleşmeye aykırılık sistemini bir bütün olarak ele almayı tercih etmiştir²⁴⁹.

CISG'in borcun ifa edilmemesi sistemini ele alırken yukarıda bahsedilen sözleşmeye aykırılığa ilişkin hukuki sonuçların düzenlenmesinde ayrımların hangi noktalarda yapıldığı hususu özellikle önem taşır. Bu noktada yeknesak bir borca aykırılık yaklaşımının benimsenmesinin bir sonucu olarak ön planda olanın hukuki sonuçlar olduğu söylenmektedir. Dolayısıyla ayırım, söz gelişi, aynen ifa, semenin tenzili, dönme, tazminat gibi imkanların hangi durumlarda verileceği sorusuna cevap aranırken yapılmıştır. Soruna, “satıcı temerrüde düşmüştür, bu halde alıcının dönme hakkı vardır” biçiminde yaklaşılmamakta; “sözleşmeye aykırılık vardır, acaba somut olay alıcıya bir dönme hakkı vermeli midir?” şeklinde yaklaşılmaktadır²⁵⁰. *Common Law* sistematigi içinde bu durum anlaşılabilir bir görünüm oluşturmaktadır²⁵¹. Zira ifa etmeme durumunun asli sonucu olarak tazminatın öngörülmüş olduğu bir sistemde, aynen ifa ve dönme hakları istisna teşkil edecektir. Nitekim bu yüzden, satıcının sözleşmeye aykırı davranışına, yani borcun ifa edilmemesine sonuç bağlarken CISG, m.45 ve devamındaki hükümleri aynı mantık çerçevesinde ele almıştır. Buna göre madde 46, hangi hallerde aynen ifa talebinin söz konusu olabileceğini, madde 49 sözleşmeden dönmeyi, madde 50 hangi hallerde semenin

²⁴⁸ ATAMER, CISG, s. 288.; BASEDOW, Universal Doctrine, s. 492.

²⁴⁹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için Bkz. ATAMER, CISG, s. 289, dn. 41, 42.

²⁵⁰ ATAMER, CISG, s. 290.

²⁵¹ BASEDOW, Universal Doctrine, s. 491.; ZIMMERMANN, Law of Obligations, s. 803.; ZWEIGERTT/KÖTZ, s. 540.

tenzilinın mümkün olduğunu düzenlemektedir. Bütün bu yaptırımlara bağılı olarak talep edilebilecek tazminat ise, bağımsız bir başlık altında m 74-77 arasında düzenlenmiştir. Bu nedenle çalışmamızda CISG'in ifa etmemeye bağıladığı sonuçlar ele alınırken bu sistem takip edilecektir. Ancak bundan önce CISG'in ifa etmeme sistemini anlayabilmek açısından, sonraki aşamalarda da sıkça karşılaşılabilecek olduğundan sistemin temelini teşkil eden kavramlara değinmekte fayda vardır.

1. Esaslı İhlal Kavramı

CISG'in bir anlamda öncüsü sayılabileceği yeknesak sözleşmeye aykırılık yaklaşımının²⁵² kilit kavramlarından biri olarak tanımlanabilecek²⁵³ esaslı ihlal kavramı alıcının somut olayda hangi haklara başvurabileceğini belirleme açısından önemlidir²⁵⁴. Zira CISG sisteminde sözleşme ihlalleri türlerine göre değil esaslı olup olmamalarına göre hukuki yaptırımlarla donatılmaktadır. Türk-İsviçre hukukuna yabancı olan sözleşmenin ihlalinin "esaslı" olup olmadığına ilişkin değerlendirme *common law* hukuk çevresinden gelmektedir. Antlaşma, taşıdığı öneme binaen esaslılık kavramını satım sözleşmesinden doğan yükümlülüklerin ve bunlara aykırı davranmanın sonuçlarının düzenlendiği 3. Kısımın ilk maddesi olarak madde 25 altında tanımlamıştır²⁵⁵.

CISG'da alacaklıya tanınmış bir dizi hukuki imkan ancak ihlalin esaslı olması halinde kullanılabilmektedir. Bunlardan en önemlisi sözleşmeden dönmedir²⁵⁶. Ancak bunun yanı sıra, sözleşmeye aykırı mal teslim edilmesi halinde malın değiştirilmesini talep ve hasarın intikal etmesi noktalarında da sözleşme ihlalinin

²⁵² Burada yeknesak sözleşmeye aykırılık yaklaşımı ile bir önceki bölümde "modern" sözleşmeye aykırılık yaklaşımı olarak zikredilen yaklaşım kastedilmektedir. Nitekim, çalışmamızın konusunu oluşturan hukuk uyumlaştırması metinlerinde de esaslı ihlal kavramını görmek mümkündür. Bkz. PECL Art.8:103(esaslı ifa etmeme); PICC Art.7.3.1(sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı bağlamında esaslı ihlal kavramı).

²⁵³ ATAMER, CISG, s. 292.

²⁵⁴ Sözleşmenin ihlalinin alacaklıya sözleşmeden dönme hakkını vermesinin ancak esaslı ihlal durumunda söz konusu olması *common law* etkilerini yansıtmaktadır. Bkz. yuk. IV.A.2.

²⁵⁵ SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (*Schlechtriem*), s. 281.

²⁵⁶ ATAMER, CISG, s. 292; PLATE, s.64 vd.

esaslı olup olmadığı önem taşımaktadır. Milletlerarası sözleşmelerin özellikleri göz önünde bulundurulduğunda özellikle gereği gibi ifa edilmemiş olan malın ikame edilmesi ve sözleşmeden dönme seçeneklerinin bulunduğu durumlarda neden esaslı ihlalin arandığı anlaşılabilir bir durumdur. Zira her iki hukuki yaptırım da sınır aşan ticarete, alıcıya teslim edilmiş olan malların satıcıya iadesini gerektirmekte olduğundan ticari güçlükleri beraberinde getirecektir. İkinci bir nakliyat gerçekleştirmek veya sözleşmeye aykırı olarak teslim edilmiş bulunan malların gönderildiği yerde yeniden satılmasını sağlamak bazı güçlükleri beraberinde getireceğinden, Antlaşmanın mümkün olduğu ölçüde ifası bir şekilde gerçekleşmiş olan sözleşmeyi ayakta tutma ve semenin indirilmesi veya tamirat gibi imkanların kullanılmasını teşvik ettiği ifade edilmektedir²⁵⁷.

Esaslı ihlal gibi esnek bir kavram ancak içtihatlar ile şekillenebilecektir. Bununla birlikte kavramın anlaşılması bakımından bazı kriterlerin varlığından bahsedebilmek mümkündür. Bu yaklaşım taraflar arasındaki sözleşmeden doğan ve ihlal edilen yükümlülüğün önemini esas almaktadır. Bir sözleşme ihlalinin esaslı olup olmadığı hususunda derhal karar vermek mümkün değildir²⁵⁸. Diğer yandan, sözleşmeden elde edilmesi beklenen menfaatlerden, sözleşmenin ihlali dolayısıyla, önemli ölçüde yoksun kalınmasının sözleşmeyi çözme hakkını veren yaklaşım esas olarak *common law* içinde İngiliz *Court of Appeal*'inin vermiş olduğu 1962 tarihli *Hong Kong Fir Shipping Co., Ltd. v. Kawasaki Kaisha, Ltd.* kararı ile oluşan içtihatı yerini bulmaktadır²⁵⁹. Bu anlamda önemli olanın sözleşme yükümlülüğünün esaslı

²⁵⁷ ATAMER, CISG, s.292.

²⁵⁸ SCHLECHTRIEM/ SCHWENZER, Commentary on The UN Convention On The International Sale Of Goods (GISG), 2nd English Edition, Oxford 1998, (*Schlechtriem*) Art 25. s.281

²⁵⁹ Olayda *Hong Kong Fir*. gemisi için bir charter sözleşmesi akdedilmiş ve geminin her anlamda denize ve yüke elverişli olması gerektiği sözleşmede kararlaştırılmıştır. Geminin teslim edilmesi sonrasında makine dairesi personelinin yeterli niteliklere sahip olmaması nedeniyle gemi bir süre kullanılamamıştır. Chartererlerin sözleşmeyi feshetme istemlerine ilişkin olarak mahkemenin yaptığı araştırmada özellikle vurgulanmış olan husus, bir sözleşme klotunun taraflarca nasıl nitelendirildiğinin önem taşımadığı ve fakat alacaklı menfaatlerinin sözleşme ihlali nedeniyle ne ölçüde haleldar olduğunun esas alınması gerektiğidir. Karar özeti için Bkz. ATAMER, CISG, s. 294,

olup olmaması değil; ihlalin sonuçlarının esaslılığı olduğu ifade edilmektedir²⁶⁰. Esaslı ihlalin varlığı somut bireysel sözleşmeye dayanıyor olsa da ihlalin esaslı olup olmadığı noktasında minimum bir ciddiyet derecesi aranmaktadır. İhlalin esaslı olup olmadığını belirlemek için kullanılan esas ölçüt ise ihlale maruz kalan tarafın sözleşmenin daha fazla devam etmesinde menfaatinin bulunup bulunmadığıdır²⁶¹.

Esaslı ihlal kavramı Fransız hukukunda da aynı İngiliz hukukunda olduğu gibi dönme hakkının ne zaman kullanılabileceği sorunu etrafında gelişmekte olduğundan bu anlamda CISG’da yer alan bu kavramın gelişiminde Fransız hukukunun etkisinin bulunduğu da söylenmektedir²⁶². Bu hukuk çevresinde belirleyici olan, dönme hakkının yenilik doğuran bir dava hakkı olarak düzenlenmiş olması ve hakime bu konuda takdir hakkının tanınmış olmasıdır (Code Civile Art.1184)²⁶³.

Diğer taraftan CISG’ın hazırlanması aşamalarında esaslı ihlalin hangi durumlarda kabul edileceği hususunda tartışmalar yaşanmıştır. Yine esaslı ihlal kavramına yer vermekte olan ULIS de, ihlalin esaslı olup olmadığına ilişkin saptamanın ancak tarafların farazi iradesinin araştırılması sonucunda ortaya çıkıyor olması²⁶⁴ açısından sübjektif özellikler içermektedir. Bu yönden eleştiri konusu olan La Haye Antlaşmaları sonrasında hazırlanan CISG’ın 25. maddesi ise esaslı ihlali şu şekilde tanımlamaktadır.

dn.63. Ayrıca karar hakkında ayrıntılı başvuru için Bkz, TREİTEL, Some Landmarks of Twentieth Century Contract Law, Oxford 2002, 113 vd.

²⁶⁰ ATAMER, CISG, s. 294.

²⁶¹ PLATE, agm, s. 65; SCHLECHTRIEM/ SCHWENZER (*Schlechtriem*), s. 284.

²⁶² ATAMER, CISG, s. 295.

²⁶³ SEROZAN, Sözleşmeden Dönme (*Dönme*), İstanbul, 1975., 28-29; BUZ, Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara, 1998, 53 vd.

²⁶⁴ ULIS m. 10’a göre, “Sözleşmeyi ihlal eden taraf, sözleşmenin kurulması anında, diğer akidin yerinde bulunan makul bir kişinin sözleşme ihlalini ve sonuçlarını öngörmüş olsaydı bu sözleşmeyi akdetmeyecek olduğunu biliyor veya bilmesi gerekiyor idiye ihlal bu yasa anlamında esaslı sayılır”. SCHLECHTRIEM/ SCHWENZER (*Schlechtriem*), s. 285.

“Taraflardan birinin sözleşme ihlali, diğer tarafı, sözleşme uyarınca beklemekte haklı olduğu şeyden önemli ölçüde yoksun bırakacak bir olumsuzluğa sebep oluyorsa, esastır; meğerki, böyle bir sonucu sözleşmeyi ihlal eden taraf öngörmemiş ve aynı konum ve koşullar içindeki makul bir kişi de öngöremeyecek olsun.”²⁶⁵”

Bu tanım göz önünde bulundurulduğunda esaslı ihlalin varlığı için şu üç şartın bulunması gerektiği hususu ortaya çıkacaktır.

i. Satıcı veya Alıcının Yükümlülüğe Aykırı Davranışı

CISG m. 25 de satıcı veya alıcının, sözleşmede kararlaştırılmış olan veya CISG hükümlerinden kaynaklanan bir yükümlülüğe aykırı davranmış olması aranmaktadır. Buna göre satım sözleşmesinin asli edim yükümlülüklerinden olan, mal ve belgelerin zamanında, doğru yerde ve sözleşmeye uygun olarak teslim edilmesi veya tarafların sözleşmede kararlaştırdıkları bir rekabet yasağı, bilgi verme yükümlülüğü gibi yükümlülüklerin ihlalinin esaslı ihlal sayılacağı ortada iken, yan edim yükümlülükleri bakımından bunların esaslı sayılabilmesi için sözleşmede düzenlenmiş olma şartının arandığı ifade edilmektedir²⁶⁶.

ii. Sözleşmesel Menfaatten Önemli Ölçüde Yoksun Bırakan Bir Olumsuzluk

CISG m. 25’de olumsuzluktan (*Nachteil/detriment/préjudice*) kastedilen ilgili akidin bir zarara uğramış olması değildir. 25. m., sadece yükümlülük ihlalinin karşı akit için beraberinde bir olumsuz sonuç getiriyor olmasını aramaktadır. Bir zararın doğmuş olmasının ise olumsuzluğun boyutunun tayini açısından önemli bir ölçüt

²⁶⁵ Antlaşmanın tercümesi İstanbul Üniversitesi ve İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi mensuplarının katkılarıyla, Prof.Dr. Gülören Tekinalp, Prof.Dr. Ünal Tekinalp ve Prof.Dr. Hasan Erman başkanlığında hazırlanmış olup 25.01.2005’de İÜHF Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Araştırma ve Uygulama Merkezi tarafından Adalet Bakanlığına tevdi edilmiştir. ATAMER, CISG, Ek.1 s. 491.

²⁶⁶ ATAMER, CISG, s. 299.; SCHLECHTRIEM/ SCHWENZER (*Schlechtriem*) Art. 25 para.7b.

olacağı düşünülmüştür²⁶⁷. Bunun yanı sıra, CISG uyarınca esaslı bir sözleşme ihlalinin bahsedebilmek için söz konusu olumsuzluk, diğer tarafı sözleşmeden beklemekte olduğu haklı menfaatten önemli ölçüde yoksun bırakıyor olmalıdır²⁶⁸.

iii.

Öngörülebilirlik

CISG m. 25’de yer alan esaslı ihlal kavramının tanımına bakıldığında, tanımda yer alan önemli unsurlardan bir diğerinin de “öngörülebilirlik”(forseeability) olduğunu görürüz. Buna göre, sözleşmede ihlali gerçekleştiren tarafın söz konusu ihlalin yol açtığı olumsuz neticeyi öngöremeyecek olması ve kendisi yerinde olan makul biri tarafından da bu sonucun öngörüleemeyecek olması durumunda ihlalin esaslı olmasından bahsedilemeyeceği hüküm altına alınmıştır²⁶⁹.

‘Öngörülebilirlik’ kriterinin nasıl anlaşılacağı tartışmalı olmakla birlikte, öne çıkan görüş bunun ihlali gerçekleştiren taraf açısından subjektif bir mazeret olarak kabul edilebileceği yönündedir²⁷⁰. Dahası, öngörülebilirliğe ilişkin sorgulamanın, ihlal edilen yükümlülüğün esaslı olup olmadığını ortaya çıkarmak bakımından yeterli olduğu ileri sürülmektedir²⁷¹. Diğer taraftan öngörülebilirlik testinin hangi aşamada sözleşme ihlalinin esaslı olup olmadığını değerlendirmek bakımından uygulanacağı da tartışma yaratmıştır²⁷². Bir âkidin sözleşmeden haklı olarak bekleyebileceklerinin

²⁶⁷ SCHLECHTRIEM/ SCHWENZER (*Schlechtriem*) Art. 25 para 9.

²⁶⁸ ATAMER, CISG, s. 300.

²⁶⁹ Aşağıda ele alınacak olan, tazminat borcunun sınırlandırılması kriteri olarak “öngörülebilirlik” ile esaslı ihlali “öngörebilme” arasında, öngörülmesi beklenen netice bakımından yer alan farka hemen işaret etmekte fayda vardır. Zira, CISG m. 25’de tarafların sözleşmenin ihlalinin esaslı bir ihlal sayılabilmesi için ihlalin doğuracağı sonuçları öngörebilmesini, yani ihlal ile karşı tarafın sözleşmeden beklediği menfaatten büyük ölçüde yoksun kalacağı neticesini öngörmesi gerekir. Ancak, CISG m.74’de tarafların sözleşmeyi ihlal etmesi halinde doğan zararlardan ancak öngörebilecekleri oranda sorumlu tutulması gerektiği esası getirilmiştir. Örneğin, satıcının vaktinde ifa etmezse, işlemin kesin vadeli bir işlem olmasından dolayı, alıcının ifa menfaatinin kaybolması, ihlalin esaslı bir ihlal olduğunu gösterir. Satıcının bu neticeyi öngörüp öngöremeyeceği hususu ihlalin esaslı sayılması ve alıcının sahip olduğu haklar bakımından önemlidir. PLATE, agm, s. 65-66; ATAMER, CISG, s. 303, dn, 110.

²⁷⁰ PLATE, agm, s. 65.

²⁷¹ SCHLECHTRIEM/ SCHWENZER (*Schlechtriem*) Art. 25 para 3.

²⁷² ATAMER; CISG, s. 303.

ancak karşı âkidin öngörebileceği veya öngörmesi gereken şeyler bakımından söz konusu olduğu düşünüldüğünde ortaya bir belirsizlik çıkmaktadır. Buna göre farklı olasılıklar düşünüldüğünde, öncelikle, tarafların sözleşmede açıkça belirli bir yükümlülüğün önemini kararlaştırmışlarsa ya da sözleşme öncesi görüşmelerden yükümlülüğün önemi anlaşılabiliriyorsa yükümlülüğün ihlali öngörülebilirlik testine girmeksizin esaslı ihlal sayılacaktır. Dolayısıyla burada CISG m. 8 uyarınca sözleşmeden haklı olarak beklenen menfaatten önemli ölçüde yoksunluk araştırması yapılırken ihlal edilen yükümlülüğün doğurduğu sonucun öngörülebilir olup olmadığı hususu ortaya çıkacaktır²⁷³. Bu durumda sadece ihlal edilen yükümlülüğün özel öneminin yukarıda belirtildiği şekilde anlaşılabilmesi neticesinde CISG m.25’de ifade bulan öngörülebilirlik testinin önem kazandığını görüyoruz²⁷⁴.

Öngörülebilirliğin hangi ana göre değerlendirileceği, yani, hangi andaki bilgilere göre sözleşmeyi ihlal eden kişinin ilgili sonuçları öngörebilmesini arayacağımız meselesine gelindiğinde ise, Antlaşmanın sistematik yorumunun sözleşmenin akdi anına işaret ettiği belirtilmektedir²⁷⁵.

2. Aynen İfa Talebi

CISG’in borcun ifa edilmemesine ilişkin sistematğine geniş bir perspektiften baktığımızda, sözleşmeye aykırılık halinde tanınan hukuki imkanlar arasında yer alan aynen ifa talebinin özel bir öneme sahip olduğunu görmekteyiz. Bu önem, CISG sistematğinin *civil law* ve *common law* hukuk çevreleri arasında birbirinden farklı yerlere sahip olan bir kavramı kendi bünyesine alarak, onun kullanılmasına imkan vermesi noktasında ortaya çıkmaktadır. Bu açıdan aynen ifaya ilişkin imkanların bu iki hukuk düzeninde farklılık arz ettiğini hatırlatmakta fayda vardır.

²⁷³ ATAMER, CISG, s. 304.

²⁷⁴ SCHLECHTRIEM/ SCHWENZER (*Schlechtriem*) Art. 25 para 14.

²⁷⁵ ATAMER, CISG, s. 305; SCHLECHTRIEM/ SCHWENZER (*Schlechtriem*) Art. 25 para 15.

Bir Türk hukukçusu için, muaccel ve ifası mümkün olan bir borcun ifasının her zaman talep ve dava edilebilir olması²⁷⁶ oldukça olağan bir durum olsa da, gerek klasik Roma hukukunda gerekse *common law* sisteminde bu hiç de doğal değildir. Taraflar arasında geçerli olarak kurulan bir sözleşmenin taraflardan birince sözleşmesel yükümlülüklerin yerine getirilmemesi suretiyle kısmen ya da tamamen ifa edilmemesi veya kötü ifa edilmesi halinde aleyhine ihlal gerçekleşen tarafın ifa menfaatinin devam etmesinden bahisle ifayı talep etmesi anlamına gelen, ‘*aynen ifa*’ (*specific performance*) ifa etmeme sistemlerinin düzenlenmesine göre çeşitli hukuk sistemlerinde farklı imkanlar altında karşımıza çıkmaktadır. Bu noktada hukuk sistemleri arasındaki farklılık Roma Hukukundan bağımsız olarak Kara Avrupa’sı hukuk düzeni ve *Common Law* arasında ortaya çıkmaktadır.

Roma hukukun klasik dönemlerine baktığımızda mutlak olarak geçerliliği olan ilkenin, her eda davasının ancak bir miktar paranın ödenmesine ilişkin olabileceği²⁷⁷ olduğunu görmekteyiz. Daha önce üzerinde durmuş olduğumuz *actio* sisteminin²⁷⁸, aynen ifa talebinin gelişimi üzerinde de etkili olduğu görülmektedir. Buna göre, post-klasik dönemde, *Formula* sisteminin gevşemeye başlaması nedeniyle aynen ifa talebine imkan tanınmaya başlanmış, bununla birlikte *Corpus Iuris Civilis* konuya herhangi bir açıklık getirmemiş ve aynen ifa talebinin ne ölçüde kabul edilebileceği tartışmalı kalmıştır²⁷⁹. Müşterek hukuk döneminde-*ius commune*, çeşitli sözleşme türleri ve özellikle verme borçları açısından aynen ifa taleplerine artan oranda müsaade edilmeye başlanmıştır. Ancak, 19.yy’a gelindiğinde Alman, Avusturya ve İsviçre öğretisinde aynen ifa, asli talep olarak ön plana çıkmış ve

²⁷⁶ OĞUZMAN/ÖZ, s.329; EREN, s.987.

²⁷⁷ ZIMMERMANN, Reinhard: *The Law Of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition*, (Law of Obligations) Oxford, s. 771 vd.

²⁷⁸ Bkz. Yuk. III. A. 1.

²⁷⁹ ZIMMERMANN, *Law of Obligations*, s. 773.; TEKİNAY: “Mukayeseli Hukuk Açısından Borçlunun Aynen İfaya veya Tazminat Ödemeye Zorlanması”; Kubalı’ya Armağan, 1974.s.422.

tazminat talebinin yerini almıştır²⁸⁰. Bugün artık Kıta Avrupa'sı hukuk düzenlerinin çoğunda aynen ifa yaptırımının sözleşmenin ihlal edilmesi durumunda karşımıza çıkan birincil çözüm olarak öngörüldüğünü görmekteyiz.

Diğer taraftan, *common law* düzeninde, sözleşme ihlalleri durumunda parasal tazminat en sık rastlanan ve birincil nitelikteki yaptırım olarak düzenlenmiştir²⁸¹. Aynen ifa ise, ikincil bir yaptırımdır ve zarar gördüğünü iddia eden tarafın zararının tazminat şeklinde giderilmesinin mümkün olmadığı istisnai durumlarda devreye girer²⁸². *Uniform Commercial Code* (U.C.C), Amerikan mahkemelerini aynen ifa yolunda karar verme konusunda yetkilendirmektedir²⁸³. Buna karşılık İngiliz, *British Sale of Goods Act of 1979*'a bakıldığında mahkemeleri aynen ifa konusunda yetkilendirirken daha sınırlı imkanlar tanıdığı görülmektedir²⁸⁴. Buna göre, davacı bir hak olarak aynen ifa talebinde bulunamamakta, aynen ifa konusunda karar verme yetkisi sadece mahkemenin inisiyatifine bırakılmakta, bu yapılırken de satılan malın özel bir öneme sahip olmadığı ve tazminat ile ihlal edilen menfaatin karşılanabildiği durumlara ilişkin sınırlamalar getirilmektedir²⁸⁵. Bu şartları taşıyan bir davanın görülmesi ise istisnai nitelik arz etmektedir²⁸⁶.

İngiliz hukukunda da yüzyıllar boyunca, borçlunun tazminat ödemek suretiyle borcundan sıyrılması imkanı karşısında aynen ifa talebine yer olup olmadığı

²⁸⁰ ATAMER, CISG; s. 320.

²⁸¹ TREITEL, Guenter: Remedies for Breach of Contract, in 7 International Encyclopedia of Comparative Law, ch. 16. § 9.

²⁸² SHEN, Jianming: "The Remedy of Requiring Performance Under The CISG and the Relevance of Domestic Rules"; Arizona Journal Of International and Comparative Law, Fall, 1996, s. 278.; ZWEIGERT/KÖTZ, s. 515.

²⁸³ Bkz. UCC § 2-709; § 2-716

²⁸⁴ British Sale of Goods Act, 1979, § 49(1), §52(1).

²⁸⁵ SHEN, s. 279.

²⁸⁶ SHEN, s. 279.

tartışması yapılmakta, bu durum ise Roma hukukunda olduğu gibi, büyük ölçüde dava sistemine dayanmaktadır²⁸⁷.

CISG sistematığının aynen ifaya ilişkin çözümünün ne olduğuna gelindiğinde, Antlaşmanın hazırlanması sürecinde yukarıda ifade edilen hukuk çevreleri arasındaki farklı yaklaşımların bağdaştırılmaya çalışıldığı ve neticede 28. madde üzerinde uzlaşıldığı söylenebilir. Buna göre;

“Antlaşma hükümleri uyarınca taraflardan biri, diğer tarafın belirli bir yükümlülüğü ifa etmesini talep hakkına sahip ise, mahkemenin aynen ifaya hükmetmesi ancak, bu Antlaşmanın uygulama alanına girmeyen benzer satım sözleşmelerinde kendi hukukuna göre de aynen ifaya hükmedecek olması halinde mümkündür.”

Buradan da anlaşılacağı üzere, aynen ifa talebinin mahkeme tarafından kabul edilip edilmeyeceği, bu ihtilafın mahkemenin kendi hukuku (*lex fori*) uyarınca çözülmesi halinde aynen ifaya hükmetme imkanının olup olmadığına göre belirlenecektir²⁸⁸. Bu durumda ortaya çıkacak farklı uygulamaların *common law* mahkemelerinin aynen ifaya hükmetmeye zorlanmak istenmemesi nedeniyle olduğu söylene bile bu durum hukuk uyumlaştırması açısından istenilen amaçtan uzaklaştıran bir çözüm olarak gözükmektedir. Bununla birlikte pratik açıdan bunun çok fazla bir farklılık yaratmadığı, zira milletlerarası satımlarda aynen ifa talebi ile nadiren karşılaşılmakta olduğu da ileri sürülmektedir²⁸⁹. Satım konusu malın genelde piyasada başka bir alıcıdan tedarik edilmesi mümkün olan bir mal olacağı²⁹⁰ ve bu

²⁸⁷ ATAMER, CISG, s. 320. İngiliz hukukunda da, Roma Hukukuna benzer şekilde *writler* sistemi söz konusudur. OĞUZ, Karşılaştırmalı Hukuk, s. 256.

²⁸⁸ SCHLECHTRIEM/ SCHWENZER (*Müller-Chen*) Art. 28 §3, 318.

²⁸⁹ ATAMER, CISG, s. 323.; BASEDOW, Universal Doctrine, s. 493.

²⁹⁰ Bu durum ileride de üzerinde durulacağı üzere ikame sözleşme yapma imkanını ifade etmektedir.

nedenle alıcının satım sözleşmesindeki satıcının ifa etmesi konusunda ısrarcı olmasının anlamlı olmayacağı ifade edilmiştir²⁹¹.

Yukarıdaki açıklamalardan da görüleceği üzere, CISG aynen ifa ile ilgili olarak birbirinden farklı hukuki yaklaşımları bağdaştırmaya çalışmakta ve bunun neticesinde ise *lex fori* uygulamasına kapı aralamaktadır.

3.Sorumluluk Yaklaşımı

CISG sisteminde borcun ifa edilmemesine bağlanan sonuçlar açısından özellik arz eden bir diğer önemli husus da Antlaşmanın, Kara Avrupa'sı sisteminden farklı olarak *common law* sisteminin kusur yaklaşımını benimsemiş olmasıdır²⁹². Buna göre, tarafların sözleşme ile belirli sonuçlara ulaşılması konusunda karşılıklı garanti taahhüdünde bulunduğu görüşünden yola çıkarak bu sonucun elde edilmediği, her halde taahhütte bulunanın sorumlu olacağı öngörülmüştür. Sonuç taahhüdü söz konusu olduğu için sadece sonucun elde edilememesi bile ifa etmeme *non performance* sayılmaktadır²⁹³.

Bilindiği gibi Türk-İsviçre borçlar hukukunun dahil olduğu Alman hukuk çevresinde, sözleşmesel sorumluluk ilke olarak, kusura dayanır ve borçlu, kusursuzluğunu ispat etmek suretiyle sorumluluktan kurtulabilir²⁹⁴. Bununla birlikte bu kuralın etkisini azaltan istisnaların varlığı da kabul edilmelidir²⁹⁵.

Borçlunun kusursuz da olsa sorumlu olacağı hususunu hüküm altına almışken CISG, yine de ona bazı hallerde sorumluluktan kurtulma imkanı tanımıştır. Ancak bu haller hiçbir şekilde borçlunun kusuru sorunu ile ilişkilendirilmemiştir²⁹⁶.

²⁹¹ SCHLECHTRIEM/ SCHWENZER (*Müller-Chen*) Art. 28 §4, s.319.

²⁹² ATAMER, CISG, s 312.

²⁹³ ATAMER; CISG; s. 312.; BASEDOW, Universal Doctrine, s. 496.

²⁹⁴ OĞUZMAN/ÖZ, 362. vd; SEROZAN, İfa Engelleri, §15 N.4.

²⁹⁵ Ayrıntı için Bkz. ATAMER, CISG, s. 313.

²⁹⁶ ATAMER, CISG, s. 314.

CISG yeknesak bir sözleşmeye aykırılık anlayışını benimsemiş olduğundan sorumsuzluk meselesini de sözleşmeye aykırılığın türüne göre bir ayırım yapmaksızın yeknesak olarak m.79 da düzenlemiştir. Buna göre,

“Taraflardan biri, yükümlülüklerinden birini ifa etmemesinin, denetimi dışında kalan bir engelden kaynaklandığını ve bu engeli sözleşmenin kurulması anında hesaba katmasının veya engelden ve sonuçlarından kaçınmasının veya bunları aşmasının kendisinden makul olarak beklenemeyeceğini ispatlaması halinde ifa etmeme dolayısı sorumlu tutulamaz.”

Bu ifadeye göre, sorumsuzluğun söz konusu olabilmesi için sözleşmenin gereği gibi ifasını engelleyen sebebin kümülatif olarak bir arada bulunması gereken üç özelliği vardır. Bunlar: Sözleşmeye aykırı davranan tarafın etki alanı dışında kalan bir engel olması; engelin sözleşmenin kurulması anında hesaba katılmasının mümkün olmaması; engelin önlenemez ve aşılamaz olmasıdır.

B) Sözleşmeye Aykırılık Halinde Tarafların Sahip Olduğu Haklar

Sınır aşan ticarete ilişkin bir satım sözleşmesinin geçerli olarak kurulmasından sonra alıcının, satıcıdan sözleşmeye uygun olarak kararlaştırılan nitelikteki malın kendisine teslim edilmesini beklemesi, buna karşılık satıcının da alıcının söz konusu malların teslimatını kabul etmesi ve zamanlı bir ödemede bulunmasını beklemesi doğaldır. Bununla birlikte taraflardan birisinin edimini ifa etmesinden önce ortaya çıkan bir durumla, satıcının veya alıcının ifa etmeme, zamanında ifa etmeme, ifayı tamamlama veya sözleşme ile uyum içinde mal teslim etme yükümlülüklerinden birini ihlal etmesi söz konusu olabilir. Bu durumda aksaklığa sebep olan taraf varsayımsal olarak yükümlülük ihlali içinde

bulunmaktadır²⁹⁷. Bu durumda kendisi aleyhine yükümlölük ihlali yapılan tarafın sahip olacağı başvuru yolları nedir ve sözleşme beklendiği şekilde ifa edilmiş olsaydı elde edeceği menfaate nasıl ulaştırılacaktır? Bu başlık altında CISG hükümleri altında bu soruların nasıl cevaplanacağı hususunu ele almaktayız. Yukarıda CISG'in ifa etmemeye ilişkin oluşturmuş olduğu sisteme değinirken, yeknesak sözleşmeye aykırılık yaklaşımı altında soruna sonuç merkezli yaklaşıldığını ve satıcının ve alıcının sahip olduğu hakların da bu şekilde ele alınmış olduğunu ifade etmiştik. Burada ise alıcı ve satıcının sahip olduğu haklar arasında bir ayrım yapmaksızın CISG içinde, sözleşmeye aykırılık durumunda uygulanacak yaptırımlar başlığı altında öne çıkan yaptırımları teker teker incelemeyi daha doğru bulmaktayız. Söz konusu yaptırımlar incelenirken, satıcı ve alıcıya göre ortaya çıkabilecek farklı ihtimallerin, göz önünde bulundurulduğunu belirtmek gerekir.

Karşılaştırmalı hukuk açısından bakıldığında, birçok yasal sistemde sözleşmesel yükümlölük ihlallerini bir yaptırıma bağlamakdaki esas amaç, sözleşmede yükümlölük ihlalinde bulunmayan tarafı, sözleşmenin gereği gibi ifa edilmiş olması halinde elde edebileceği duruma getirmektir²⁹⁸. Bununla birlikte her hukuk düzeninde bu amacı gerçekleştirebilmek için tercih edilen yöntemler arasında farklılık bulunmaktadır. Yukarıda da belirtmiş olduğumuz üzere, *common law* hukuk çevresinde bu amacı öncelikli olarak, zararların -yani, ortaya çıkan zararlar veya sözleşme ile elde edilmesi umulan menfaatlerin- parasal yolla tazmin edilmesi yöntemi ile gerçekleştirme anlayışı hakimdir. Buna karşılık, Kıta Arupa'sı hukuk çevresi, tarafların sözleşmesel menfaatlerinin azami düzeyde korunabilmesi için onların, sözleşmede üstlenilen yükümlölüğün yerine getirtilmesine yönelik haklarını korumayı tercih etmektedir.

²⁹⁷ SHEN, s. 255.

²⁹⁸ SHEN, s. 255.

1 Ocak 1988’de yürürlüğe giren ve bugün itibariyle 66 ülkenin taraf olduğu CISG, sözleşmesel yükümlülük ihlallerine ilişkin yaptırımlar konusunda gerek alıcı yönünden gerekse satıcı yönünden etraflı bir sistem sunmaktadır. Bu sistem, daha önce de bahsettiğimiz üzere, yeknesak bir sözleşmeye aykırılık sistemini öngörmekte ve sözleşmeye aykırılık durumlarını merkeze almak yerine bunlara bağlanan sonuçları merkeze alarak yaptırımların hangi durumlarda uygulanacağını tayin etmeye yönelik bir yöntemi benimsemektedir.

Buna göre, m. 45’den başlayarak 52. maddeye kadar olan bölümde, sözleşmenin satıcı tarafından ihlali halinde alıcının sahip olduğu haklar incelenmekteyken, m.61-65 arasında sözleşmenin alıcı tarafından ihlal edilmesi halinde satıcının sahip olduğu hukuki imkanlar ele alınmış, 74 ila 77. maddeler arasında ise satıcı ve alıcı arasında ayırım yapılmaksızın tarafların sahip oldukları tazminat haklarının ne şekilde kullanılacağı düzenlenmiştir.

Alıcının seçimlik hakları:

CISG m. 45 uyarınca satıcı, sözleşmeden veya Antlaşmadan doğan herhangi bir yükümlülüğünü yerine getirmezse alıcının Antlaşmada düzenlenmiş muhtelif haklardan faydalanması imkanı vardır²⁹⁹. Burada düzenlenen seçimlik hakları kullanabilmesi için satıcının kusurlu bir davranışı aranmamaktadır³⁰⁰. Yukarıda da bahsettiğimiz üzere CISG garanti sorumluluğunu öngörmektedir. Buna göre alıcının seçimlik hakları şu başlıklar altında toplanmaktadır:

- ◇ İfayı talep etmek (m.46): Bu asli ifa talebi olabileceği gibi (f.1), yeni mal teslim edilmesi (f.2) veya malın tamir edilmesi şeklinde tali bir ifa talebi de olabilir (f.3)

²⁹⁹ ATAMER, CISG, s.326.

³⁰⁰ SCHLECHTRIEM/ SCHWENZER (*Müller-Chen*), Art.45 N.8.

◇ Semen in tenzilini talep etmek (m.50)

◇ Sözleşmeden dönmek (m.49)

Satıcının sahip olduğu haklar:

CISG m. 61 uyarınca, alıcı, sözleşmeden veya bu Antlaşmadan doğan yükümlülüklerinden herhangi birini yerine getirmemezse, satıcının m. 62-65 arasında öngörülen hakları kullanabileceği gibi tazminat da talep edebilecektir. Alıcının yükümlülüklerinden birisini yerine getirmemesi halinde satıcının Antlaşmada belirtilen haklarını kullanması da, alıcının haklarını kullanabilmesi gibi kusur şartına bağlanmamıştır. Buna göre satıcının haklarını şu başlıklar altında toplamak mümkündür.

◇ İfayı talep etmek (m.62): Bunlar arasında, semenin ödenmesi, malların teslim alınması veya (sözleşme ile kararlaştırılmış veya işin icabından kaynaklanan) diğer yükümlülükleri ifa vardır.

◇ Sözleşmeden Dönme (m.64)

◇ Sözleşme uyarınca malların, şekli ve ölçüsü alıcı tarafından belirlenmesi gerekiyorsa ve bu yükümlülük makul bir süre içinde yerine getirilmemişse, tarafların bilinebilecek ihtiyaçlarına göre bu belirlemeyi yapmak (m. 65).

Yukarıda belirtilen hakların yanı sıra, satıcı veya alıcı arasında bir ayrım yapılmaksızın tarafların ikisinin birden tazminat hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir. CISG m.45(2) ve m.61(2) bu durumu, tarafların diğer hukuki imkanlardan yararlanmak ile tazminat haklarını kaybetmeyecekleri biçiminde düzenlemiştir. Ayrıca, m74-77 arasında söz konusu tazminatın ne şekilde talep edilebileceğini hüküm altına almıştır.

CISG uyarınca tarafların sözleşmenin ihlali durumunda sahip oldukları hakları açıkladıktan sonra yeknesak sözleşmeye aykırılık sistemi çerçevesinde söz konusu yaptırımların hangi durumlarda ve ne şekilde uygulanacağı ile ilgili kısa bir bilgi vermekte fayda vardır.

1. Aynen İfa

CISG tarafından *civil law* ile *common law* hukuk düzenlerini birbirine yaklaştırmak açısından sahip olduğu önem bağlamında, *specific performance* olarak ifade bulan aynen ifa kavramına, yukarıda değinmiş bulunmaktayız. Bu başlık altında, aynen ifa yolunda taraflara tanınan hukuki hakkın hangi durumlar için söz konusu olacağı hakkında bilgi vermeye çalışacağız.

CISG’da aynen ifaya ilişkin taleplerin korunması, sözleşmeye aykırılık halinde tarafların sadece bir tazminat talebinin olacağı anlayışının benimsenmediğini, tarafların özellikle alıcının, satıcının elinde bulunan malı talep etme konusunda haklı bir menfaatinin bulunduğu, kabul edildiğini göstermektedir³⁰¹.

CISG m. 28, mahkemeleri aynen ifa yönünde karar verme konusunda ancak yerel hukukun müsaade ettiği ölçüde yetkilendirmekteyse de, Antlaşma, bazı yerel düzenlemelere nazaran aynen ifa yaptırımının uygulanmasını kolaylaştırmaktadır³⁰². Antlaşmanın düzenlemesine baktığımızda, m. 46(1) ve m. 62 “tarafların aynen ifa talepleri ile bağdaşmayan başka bir talepte bulunmamaları halinde aynen ifayı talep edebileceklerini hüküm altına almıştır³⁰³. Demek ki satıcının ifa etmemesi halinde, alıcının satıcının yükümlülüklerini yerine getirmesini talep etme hakkı vardır.

³⁰¹ ATAMER, CISG, s. 363.

³⁰² SHEN, s. 261.

³⁰³ CISG Art. 46(1) “*The buyer may require performance by the seller of his obligations unless the buyer has resorted to a remedy which is inconsistent with this requirement.*”; Art. 62 “*The seller may require the buyer to pay the price, take delivery or perform his other obligations, unless the seller has resorted to a remedy which is inconsistent with this requirement*”; Bu durum yukarıda da belirtmiş olduğumuz gibi Kıta Avrupa’sı hukuk düzeninin bu konudaki yaklaşımını yansıtmaktadır.; HONNOLD, O. John: Uniform Law For International Sales Under The 1980 United Nations Convention, 3 rd edition (1999), Kluwer Law International The Hauge, §280.

Satıcının yükümlülükleri, öncelikle taraflar arasındaki sözleşme hükümlerine, burada hüküm bulunmaması halinde yedek kurallar olarak da CISG'a göre belirlenir

Buna göre, öncelikle tarafların aynen ifa talebinin sözleşme bakımından kapsamını ele almakta fayda vardır. CISG, m. 46'ya göre, alıcının aynen ifaya ilişkin hakkının kapsamı, malların teslimi, uygun malların teslimi, esaslı ihlal halinde ve makul bir süre tanındıktan sonra ikame mal teslimi veya uygun olmayan malların “makul olmak” koşulu ile tamir edilmesidir³⁰⁴. Satıcı bakımından ise (m.62), semenin ödenmesinin talep edilmesi ve malların teslim alınması veya diğer yükümlülüklerin yerine getirilmesidir³⁰⁵.

Aynen ifa durumunda olan satıcının ifa yükümlülükleri en genel anlamıyla, malın doğru zamanda ve doğru yerde teslim edilmesi (CISG m. 30, 31, 33), mala ilişkin belgelerin teslim edilmesi (m. 30, 34) veya sözleşme ile üstlenilmiş diğer yükümlülüklerdir³⁰⁶. Satıcı tarafından bu yükümlülüklerin hiç ifa edilmediği hallerde alıcının f.1 uyarınca ifayı talep etme imkanı vardır³⁰⁷. Buna karşılık ifanın ayıplı olarak gerçekleştirilmiş olduğu hallerde f.2 veya f.3 uygulama alanı bulabilir³⁰⁸. Buna göre, satıcı tarafından teslim edilen mallar, sözleşmeye uygun değilse ve bu sözleşmeye aykırılık, esaslı bir ihlal oluşturuyorsa, alıcı 39. madde uyarınca

³⁰⁴ CISG Art.46(2) “If the goods do not conform with the contract, the buyer may require delivery of substitute goods only if the lack of conformity constitutes a fundamental breach of contract and a request for substitute goods is made either in conjunction with notice given under article 39 or within a reasonable time thereafter.”; 46(3) “If the goods do not conform with the contract, the buyer may require the seller to remedy the lack of conformity by repair, unless this is unreasonable having regard to all the circumstances. A request for repair must be made either in conjunction with notice given under article 39 or within a reasonable time thereafter.”; HONNOLD, § 280.

³⁰⁵ CISG Art. 62. “The seller may require the buyer to pay the price, take delivery or perform his other obligations, unless the seller has resorted to a remedy which is inconsistent with this requirement”

³⁰⁶ HONNOLD; § 280.

³⁰⁷ SCHLECHTRIEM/ SCHWENZER (Müller-Chen), Art.45 N.11.

³⁰⁸ WILL, Michael in BIANCA-BONELL: Commentary on the International Sales Law, Giuffré: Milan, 1987, 2.1.1.1, s.335.; Burada, sözleşmede kararlaştırılanın dışında bir malın teslim edilmesi durumunda yani aliud ifa durumunda bunun sözleşmenin ifa edilmemesi kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususunu tartışırken yazar, bunun sözleşmenin ifa edilmemesi kapsamında değerlendirilmesi durumunda alıcının dönme hakkını kaybedeceğini zira örneğin elmalar yerine armutların teslim edilmesi sonucunda teslimatta oluşan gecikmenin esaslı ihlal sayılmayacağı bu nedenle bunun f.2 anlamında ayıplı ifa olarak kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir.

yapılacak bir bildirimle veya bildirimden itibaren makul bir süre içinde talepte bulunarak elindeki ayıplı malın ikame bir malla değiştirilmesini isteyebilir. Bu durumda satıcı tarafından yapılan bir ifa söz konusu olmakla birlikte teslim edilen mal alıcı açısından m.25'in yol göstericiliği ışığında yorumladığımızda sözleşmeden beklediği menfaati sağlayamayacak nitelikte bir ayıbı haiz ise, alıcı, öncelikle m. 39 uyarınca bildirimde bulunmalıdır. CISG m. 39 alıcının bir sözleşmeye aykırılık saptadığı veya saptaması gerektiği tarihten itibaren makul bir süre içinde satıcıya sözleşmeye aykırılığı ve türünü belirterek bildirimde bulunma yükümlülüğünü getirmiş olup, bu bildirim alıcının sözleşmeye aykırılık halinde sahip olduğu hakları kullanabilmesi için bir koşul olarak belirlenmiştir.

Satıcı tarafından teslim edilen mallar sözleşmeye uygun değilse, alıcının sözleşmeye aykırılığın onarım yolu ile giderilmesine yönelik talepte bulunabilmesi ise, bu talebin “makul” olması koşuluna bağlanmıştır. Alıcının sahip olduğu bu imkanları yakından incelemekte fayda vardır.

Taraflar aynen ifaya yönelik taleplerini, beyan yolu ile ya da mahkeme kanalı ile talep etmiş olsalar da bu durum sözleşmeyi etkilemeyeceği gibi, alıcının ifayı beklemesi esnasında uğradığı zararların tazmin edilmesine yönelik taleplerini de etkilemez. Aynı şekilde, alıcı daha sonra semenin tenzili, dönme gibi diğer seçimlik haklarını da kullanabilecektir³⁰⁹.

CISG m. 46 f.1 uyarınca, taraflar aynen ifaya yönelik taleplerini bu taleple bağdaşmayacak bir başka talepte bulunmadıkça ileri sürebilirler. Aynen ifa talebi, sözleşmeye niteliksel ya da niceliksel yönlerden uygun olmayan malın yenisi ile değiştirilmesi bağlamında, alıcının semenin tenzilini istemesi ya da ayıplı malın onarılmasını talep etmesi imkanları ile bağdaşmadığı gibi, sözleşmenin hiç ifa

³⁰⁹ BIANCA-BONELL(Will), 2.1.2, s.335.

edilmemiş olması durumunda ve her iki taraf açısından da sözleşmeden dönme talebi ile bağdaşmamaktadır³¹⁰.

Satıcının sözleşmeye aykırı mal teslim etmesi durumunda alıcının ikame mal teslimine ilişkin sahip olduğu hak ise, bu sözleşmeye aykırılığın esaslı bir ihlal oluşturması şartına bağlanmıştır. Ayıplı mal teslimi durumunda esaslı ihlalin, doğurduğu en önemli sonuç, alıcı tarafından kullanılabilecek yaptırımlarla ilgilidir. Milletlerarası sınır aşan ticarete, sözleşmeden dönmenin beraberinde getireceği tasfiye sorunlarının ikame mal teslimi durumunda da söz konusu olduğu ifade edilmektedir. Tarafların farklı ülkelerde bulunmasının ortaya çıkaracağı güçlükler nedeni ile ikame mal teslimi konusunda CISG’ın sınırlayıcı bir yaklaşım benimsediği söylenebilir. Burada karşımıza çıkan soru, sözleşmeye aykırı mal teslim edilmesinin hangi durumlarda sözleşmenin esaslı ihlali sayılacağıdır. Bu noktada yukarıda da belirtmiş olduğumuz üzere CISG m. 25 de verilmiş olan sözleşmenin esaslı ihlali tanımının sürekli göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Tekrar edecek olursak, ihlalin taraflardan birini, sözleşme uyarınca beklemekte haklı olduğu şeyden önemli ölçüde yoksun bırakacak bir olumsuzluğa sebep olmuş olması ve böyle bir olumsuzluğun ihlal eden tarafça öngörülmüş veya öngörülebilecek olmaması aranacaktır. Sözleşmeye aykırı mal teslim edilen hallerde ihlalin esaslı olduğundan bahsedebilmek için genelde üç unsur üzerinde durulmaktadır. Bunlar, sözleşmeye aykırılığın ciddiyeti, sözleşmeye aykırılığın giderilmesi imkanı ve sözleşmeye aykırı malın başka türlü değerlendirilmesi olasılığının bulunup bulunmamasıdır³¹¹.

Diğer taraftan, teslim edilen malların niteliksel veya niceliksel olarak sözleşmeye uygun olmaması, yani ayıplı olması durumunda alıcı, satıcının bunları tamir etmesini isteyebilecektir. Ancak, burada tamir isteğine yönelik talebin “makul”

³¹⁰ SCHLEHTRIEM, Peter: Uniform Sales Law-The UN- Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Uniform Sales Law), Manz, Vienna 1986, s. 77.

³¹¹ Bu unsurların ayrıntılı incelemesi için Bkz, OLG Köln 14.10.2002, CISG-Online N.709; ATAMER, CISG, s. 377.

olması aranmaktadır. Burada makul olmak ile neyin kastedilmekte olduğuna gelindiğinde, tamirin satıcı için kabul edilemez şekilde pahalı olması durumu olduğu ifade edilmektedir³¹². Satıcı tarafından teslim edilen mallardaki ayıp esaslı bir sözleşme ihlali oluşturmuyor ve m. 46(3) uyarınca onarım da makul gözükmemekte ise, -ki ham madde ve misli eşyalar bakımından en sık karşılaşılan durum budur- alıcı ayıplı olan malı muhafaza etmeli ve zararını tazminat talebi ile veya ücretten indirim yapmak sureti ile karşılamalıdır³¹³.

Alıcı tarafından sözleşmenin ihlal edilmesi durumunda satıcının aynen ifa hakkını düzenleyen 62. madde uyarınca, satıcı alıcıdan semeni ödemesini, malları teslim almasını veya diğer yükümlülüklerini ifa etmesini, bu talepler ile bağdaşmayan bir hukuki imkandan faydalanmış olmama koşulu ile talep edebilecektir³¹⁴. Burada söz konusu olan sınırlama, alıcı bakımından söz konusu olan sınırlama ile aynı mantığı içermektedir. Satıcının öncelikli amacının ifanın gerçekleştirilmesi olduğunu düzenleyen bu kural, esasında tarafların sözleşmede kararlaştırdıkları yükümlülüklerini ifa etmesine yönelik basit bir amaç taşımaktadır. Diğer bir ifade ile, satıcının hemen sözleşmeden dönme imkanını kullanmak yerine, ifayı talep etmesini sağlayarak sözleşmeyi ayakta tutmaya yönelik bir mantığı içermektedir³¹⁵.

Tarafların aynen ifa için birbirlerine tanıyacakları süre ile ilgili düzenlemeleri içeren CISG m. 47 ve m. 63 birbiri ile paralel bir görünüm arz etmektedir. Buna göre, tarafların yükümlülüklerini ifa için makul uzunlukta ek süre verilmesine imkan bulunduğu, bu süre içinde yükümlülüklerin ifa edilmeyeceği ile ilgili karşı taraftan bir bildirim almadıkça, yine bu süre içinde, yukarıda ifade edilenler de dahil hiçbir hukuki imkandan yararlanamayacağı hüküm altına alınmıştır. Burada söz konusu ek

³¹² SCHLEHTRIEM, Uniform Sales Law, s.76.

³¹³ SCHLEHTRIEM, Uniform Sales Law, s.76.

³¹⁴ KNAPP, Victor in BIANCA-BONELL, s.453.

³¹⁵ BIANCA-BONELL(*Knapp*), s.452.

sürenin (*Nachfrist*) taraflara sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmek açısından bir sınırlama getirmiş olduğu ileri sürülmektedir³¹⁶.

2. *Semenin Tenzili*

Semenin tenziline ilişkin alıcıya tanınmış olan hukuki imkan, Kıta Avrupa'sı hukuk düzenlerinde normal olarak karşılanırsa da³¹⁷, aynen ifade olduğu gibi, *common law* hukuk çevresi için yabancı bir kavramdır³¹⁸. Bu hukuk çevresinin sözleşmeye aykırılık durumunda temel hareket noktasının uğranılan zararın tazminine yönelik bir yaklaşım benimsemesi dolayısıyla, ayıplı olarak teslim edilen malın değerinin düşük olması nedeniyle uğranılan zararın tazminat biçiminde talep edilir olması doğaldır. Bununla birlikte CISG m.50'de alıcı bakımından semenin tenzili, tazminat hakkından bağımsız olarak düzenlenmiştir. Buna göre, malların sözleşmeye uygun olmaması durumunda semen ödenmiş olsun veya alıcı semeni, fiilen teslim edilen malların teslim anındaki değeri ile sözleşmeye uygun malların aynı andaki değeri arasındaki farkla orantılı olarak indirebilir. Ancak, satıcı 37. veya 48. maddeleri uyarınca yükümlülüklerin ifasındaki bütün eksiklikleri giderirse veya alıcı, satıcının bu maddelere uygun olarak yaptığı ifayı reddederse, alıcı semeni indiremez³¹⁹.

Semenin indirilmesinin, sözleşmeye aykırı bir mal teslim edilmesi nedeniyle edimler arasında bozulan dengenin yeniden tesis edilmesine yönelik bir hak olduğu

³¹⁶ HONNOLD §351.

³¹⁷ Bu hakkın kökleri Roma Hukukuna kadar gitmekte ve *actio quanti minoris* de ifade bulmaktadır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için, ATAMER, CISG, s. 285 dn.22.; BIANCA-BONELL(*Will*), s. 368; PILIOUNIS, Peter A: "The Remedies of Specific Performance, Price Reduction and Additional Time (*Nachfrist*) under the CISG: Are these worthwhile changes or additions to English Sales Law?" 12 Pace International Law Review (Spring 2000) B.6 a.;ZIMMERMANN, Law Of Obligations, s 318.

³¹⁸ ATAMER, CISG, s. 387.; BIANCA-BONELL (*Will*), s.368.

³¹⁹ CISG Art. 50:"If the goods do not conform with the contract and whether or not the price has already been paid, the buyer may reduce the price in the same proportion as the value that the goods actually delivered had at the time of the delivery bears to the value that conforming goods would have had at that time. However, if the seller remedies any failure to perform his obligations in accordance with article 37 or article 48 or if the buyer refuses to accept performance by the seller in accordance with those articles, the buyer may not reduce the price."

düşünülmektedir³²⁰. Bu hakkın kullanılması ile ortaya çıkan sonuç ne kısmi teminata ne de kısmi dönmeye tekabül eder. Bu nedenle burada aslında yapılanın sözleşmenin uyarlanması olduğu ifade edilmiştir³²¹.

Semenin tenzili hakkının kullanılabilmesi için malların satıcı tarafından teslim edilmiş olması ve teslim edilen bu malın sözleşmeye aykırılık arz etmesi gerekmektedir³²². Antlaşmanın yeknesak sözleşmeye aykırılık anlayışı gereği, teslim edilen malın her türlü sözleşmeye aykırılığında semenin tenzilin talep edilebilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Bu ayıbın bir *aliud* ifa olması, hukuki bir ayıp olması, miktar itibarıyla bir ayıp olması veya maddi bir ayıp olması bir şey değiştirmeyecektir³²³.

Diğer taraftan CISG m. 50, alıcının semenin tenzili hakkını bir önkoşula bağlamış olup, bu ön koşul, satıcının kendisine CISG m. 37 ve m. 48 de verilmiş olan ayıbı giderme hakkını kullanmamış olmasıdır³²⁴. Bu durum gerek teslimden önce m. 37, gerekse teslimden sonra satıcının, yükümlülüklerin ifasına ilişkin her türlü eksikliği, masrafları kendisine ait olmak üzere makul süreler içinde gidermesidir. Bu durumda alıcının kendisine ayıplı mal teslim edildikten hemen sonra, örn. ayıp ihbarı ile birlikte semenin tenzili hakkını kullanmış olsa bile, satıcı tarafından malın tamiri veya yenisi ile değiştirilmesi teklif edilmek suretiyle bu hakkın kullanılmasını önleyebileceği ifade edilmektedir. Buna göre, eğer ayıp, gereği gibi giderilirse, alıcı diğer seçimlik hakları gibi, semenin tenzili hakkını da yitirir. Ancak gecikme veya başka sebeplerle uğradığı zararları tazmin ettirme imkanı devam eder³²⁵.

³²⁰ ATAMER; CISG, s. 387

³²¹ SCHLECHTRIEM/ SCHWENZER (*Müller-Chen*), Art.50, s. 596..

³²² PILIOUNIS, B.6.

³²³ ATAMER, CISG, s. 388.

³²⁴ ATAMER, CISG, s. 389

³²⁵ ATAMER, CISG, s. 389

Satıcı tarafından sözleşmeye uygun olmayan mal tesliminde alıcının semenin tenzili hakkını kullanmak istemesi durumunda semenin ne oranda tenzil edileceği hususu, CISG m. 50’de öngörülmüştür. Buna göre, sözleşmeye aykırı malın teslim edildiği andaki fiili değeri ile sözleşmeye uygun olsaydı o anda sahip olacağı fiktif değer oranlanacaktır. Sözleşmede kararlaştırılan semen de bu oranda indirilecektir³²⁶.

Semenin tenzili hakkının kullanılabilir olması ve alıcının da bu hakkını kullanması durumunda satıcının semeni talep hakkı bu oranda düşer. Alıcı henüz semeni ödememişse, bu oranı düşerek ödemeyi yapabilir, ödemeyi yapmışsa, fazla ödediği miktarı geri talep etmesi gerekir³²⁷.

3. *Sözleşmeden Dönme*

Taraflardan birinin sözleşmeyi ihlal ettiği hallerde, diğer tarafın sözleşme ilişkisinden ayrılma imkânına sahip olmasının genel bir ilke olarak kabul görmesi sözleşme hukukuna ilişkin nispeten geç bir gelişmenin ürünüdür³²⁸. Tarafların serbest iradeleri ile taraf oldukları sözleşmelerini tek taraflı iradeleri ile ortadan kaldırmalarının mümkün olmadığı, ancak anlaşmak sureti ile ortadan kaldıracabilecekleri düşüncesi hakim olmuştur. Bu düşüncenin temelinde yatan yaklaşımın *pacta sunt servanda* ilkesi gereği tarafların akdettikleri sözleşme ile bağlı kalmaları gerektiği ve bu bağlılığın mümkün olduğunca devam ettirilmesi anlayışının olduğu ortadadır. Bunun yanında, sözleşmeden dönme neticesinde sözleşmenin tasfiyesi sürecine girilecek olması bu tasfiyenin de ciddi ek maliyetler getirecek olması dönme yaptırımının benimsenmesi önünde bir engel oluşturmuştur.

Sözleşme hukuku alanındaki uyumlaştırma çalışmalarına bakıldığında, sözleşmeden dönme hakkının sınırlandırılması ihtiyacının ortaya çıktığı

³²⁶ BIANCA-BONELL (*Will*) , s.371; HONNOLD, § 312.

³²⁷ Bu talebin, dayanağının CISG hükümleri olması gerektiği; ulusal hukuklardaki sebepsiz zenginleşme hükümlerine başvurulamayacağı konusunda tereddüt olmadığına yönelik Bkz, ATAMER, CISG, s. 393, dn. 601.

³²⁸ ATAMER; CISG, s. 394; SEROZAN, Dönme, s. 7 vd.

söylenir³²⁹. CISG'in sözleşmeden dönme konusundaki temel yaklaşımı ise, bazı hallerde dönme hakkının sözleşmenin esaslı ihlaline bağlanması, bazı hallerde ise süre tanınmasına bağlı olması, bunun yanı sıra satıcının sözleşmeye aykırılığı gidermek suretiyle alıcının seçimlik haklarını kullanmasını engellemesi biçiminde ortaya çıkmaktadır. Buna göre CISG sisteminde sözleşmeden dönme sebepleri, esas olarak, CISG m. 49'a göre alıcı bakımından, sözleşmenin esaslı surette ihlal edilmiş ya da malları teslim etmeyen satıcının kendisine verilen ek süre içinde ifayı gerçekleştirmemiş olması durumları olarak sayılabilir³³⁰.

Alıcının sözleşmeden dönme hakkını kullanabileceği ilk alternatif yukarıda da bahsedildiği üzere, sözleşmenin esaslı surette ihlal edilmiş olmasıdır. Sözleşmenin esaslı ihlalden ne anlaşılması gerektiği, CISG m. 25 bağlamında ele alındığından burada sadece esaslı ihlalin varlığının kabul edildiği durumlara değinilecektir. Bunlardan ilki, vaktinde ifa etmeme durumu olup, ayrıca bu durumda satıcının temerrüdünün alıcıyı, sözleşmeden beklediği menfaatten önemli ölçüde yoksun bırakması³³¹ ve bunun satıcı tarafından sözleşmenin kurulması esnasında öngörülebilir olması gerekecektir³³². Esaslı ihlal anlamına gelecek bir diğer durum da satıcının kesin olarak ifa etmeyeceğini bildirmiş olması ve aynı şekilde edimin ifasının artık mümkün olmaması durumlarıdır. Sözleşmeye aykırı mal teslim edilmiş olması durumlarında ihlalin esaslı sayılması ve alıcıya sözleşmeden dönme hakkı vermesi teslim edilen maldaki sözleşmeye aykırılığın, genel kural uyarınca, alıcıyı beklediği menfaatten önemli ölçüde yoksun bırakmasına bağlıdır. Satıcının teslim etmesi gereken belgelerin niteliğine göre, bu belgelerle ilgili sözleşmeye aykırılıklar da esaslı ihlal sayılabilecektir. Satıcı, malı temsil eden belgeleri hiç teslim etmemiş

³²⁹ CISG m. 48; PECL Art.8:104; PICC Art. 7.1.4

³³⁰ PLATE, s. 61.

³³¹ PLATE, s. 66.

³³² PLATE, s. 65.

ve bu nedenle alıcı malları edinememişse sözleşmenin kesin vadeli olması durumunda ihlal esaslı sayılacaktır³³³.

Satıcı tarafından teslim borcunun hiç yerine getirilmemiş olması hallerinde, alıcının 47. madde uyarınca sağlaması gereken ek süre³³⁴, satıcı tarafından geçirilmiş ise, alıcı artık sözleşmeden dönme hakkını kullanabilecektir³³⁵. 49. madde uyarınca sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmek için verdiği ek süre içinde alıcı bu ek süre içinde sözleşmeden dönemeyecektir. Buradaki korumanın satıcı bakımından çok önemli olduğu zira, sözleşmedeki aykırılıkları, makul bir maliyetle, giderme esnasında satıcının alıcının belirlemiş olduğu ek süreye tabi olacağı belirtilmiştir³³⁶.

Sözleşmeden dönme hakkının kaybedildiği durumlara geldiğimizde, CISG m. 49 f. 2 ve m. 64 f.2’de bu konunun düzenlendiğini görmekteyiz. Tarafların edimlerini ifa etmiş oldukları hallerde-satıcının malları teslim etmesi veya alıcının semeni ödemesi- taraflar sözleşmenin ortadan kalktığını beyan etme haklarını yitirirler. Ancak, gecikmiş ifa halinde taraflar teslimin veya semenin ödendiğini öğrendikleri tarihten itibaren makul bir süre içinde dönme beyanında bulunabilirler³³⁷. Bu durumda tarafların anında dönme beyanında bulunmalarından ziyade görece çabuk bir dönme beyanında bulunmalarının arandığı ifade edilmektedir³³⁸.

³³³ Ayrıntılı bilgi için Bkz. ATAMER, CISG, s.399-400.

³³⁴ CISG m. 47 uyarınca tanınması gereken ek süre *Nachfrist* olarak adlandırılır. Bu ek süre bildirimi, her hangi bir biçimsel koşulu karşılamak zorunda olmadığı gibi, sözlü bir bildirim dahi yeterli kabul edilmektedir. Bu ek sürenin tanınması ifanın gerçekleştirilmesine yönelik belli başlı bir talep olarak görülmektedir. Ek süre tanınırken ifayı bekleyen tarafın ifayı hangi tarihte beklediğini de bildirmesi gerekmektedir. Bunun yanı sıra ek süre ile ilgili olarak belirleyici olan bir diğer koşul da bu sürenin makul uzunlukta olması gerektiğidir. Bu durumda makul olma bireysel sözleşmelere göre somut olay üzerinden belirlenecektir. PLATE, s. 69.; BIANCA-BONELL (*Will*), s.

³³⁵ SCHLECHTRIEM Peter: “Subsequent Performance and Delivery Deadlines - Avoidance of CISG Sales Contracts Due to Non-conformity of the Goods” 18 Pace International Law Review, Issue No. 1 (Spring 2006) 83-98.

³³⁶ PLATE; s. 70.;

³³⁷ CISG Art 49(2)(a) “However, in cases where the seller has delivered the goods, the buyer loses the right to declare the contract avoided unless he does so: (a) in respect of late delivery, within a reasonable time after he has become aware that delivery has been made”.

³³⁸ PLATE, s. 71.

Gecikmiş ifa dışındaki sözleşmeye aykırılıklarda, söz konusu sözleşmeye aykırılığın taraflarca öğrenildiği veya öğrenilebileceği tarihten itibaren makul süre içinde dönme beyanında bulunulmamışsa dönme hakkı kullanılamayacaktır. Taraflarca ek süre tanınmış olması ve bu ek süre içinde karşı tarafın ifada bulunmayacağını açıklamış olması halinde dönme beyanında bulunularak sözleşmeden dönmek mümkündür. Ayrıca taraflarca, sözleşmeyi ihlal eden tarafa, sözleşme uyarınca ifayı kabul edip etmeyecekleri açıklanması talep edilmiş ve ifanın kabul edilmeyeceği açıklanmış ise makul bir süre içinde sözleşmeden dönme hakkının kullanılması mümkündür³³⁹.

4. Tazminat Talebi

CISG sisteminde, tazminatın işlevi, alacaklının, borçlunun sözleşmeye uygun hareket etmiş olsaydı içinde bulunacağı malvarlığı durumuna sokulması amaçlanmaktadır³⁴⁰. CISG m. 74 uyarınca, “taraflardan birinin sözleşmeyi ihlali halinde ödenecek tazminat mahrum kalınan kar dahil olmak üzere, ihlalden dolayı diğer tarafın uğradığı zararın toplamına eşittir. Söz konusu tazminat, ihlal eden tarafın sözleşmenin kurulması sırasında sözleşme ihlalinin muhtemel sonucu olarak öngördüğü veya o tarihte bildiği veya bilmesi gerektiği veriler ışığında öngörmesi gerektiği zararı aşamaz.

³³⁹ CISG Art. 49(2)(b) “in respect of any breach other than late delivery, within a reasonable time: (i) after he knew or ought to have known of the breach;(ii) after the expiration of any additional period of time fixed by the buyer in accordance with paragraph (1) of article 47, or after the seller has declared that he will not perform his obligations within such an additional period; or (iii) after the expiration of any additional period of time indicated by the seller in accordance with paragraph (2) of article 48, or after the buyer has declared that he will not accept performance”.

³⁴⁰ Nitekim, Sekreteryä Şerhinin ifadesi de aynen böyledir: “...that the basic philosophy of the action for damages is to place the injured party in the same economic position he would have been in the contract had been formed” Sekreteryä Şerhi, Art.70 N.3.

Burada da görüldüğü gibi CISG'ın tazminat sistemi açısından amaçlanan, tarafların uğramış oldukları zararın tamamını tazmin etmektir(..tazminat ...zararın toplamına eşittir), yani tam tazmin ilkesi (*full compensation*) geçerlidir³⁴¹.

Tarafların tazminat taleplerinin CISG tarafından düzenlenen ön koşullarına geldiğimizde, öncelikle tarafların sözleşmesel bir yükümlülüğü ihlal etmiş olmaları gerektiği kabul edilmiştir. Yani kaynağını sözleşmede veya CISG'ın yedek hükümlerinde bulan bir yükümlülüğü hiç veya gereği gibi ifa etmemiş olması gerekmektedir. Yukarıda çeşitli vesilelerle değinmiş olduğumuz ifa etmeme türlerinin hepsi taraflar açısından tazminat yükümlülüğüne imkan verecek niteliktedir. Tazminat talepleri bakımından sözleşmenin esaslı olmasının aranmayacağı gibi, tarafların başka bir hukuki imkana başvurmuş olması, da tazminat taleplerini etkilemeyecektir. Sözleşmesel yükümlülüğün ihlal edilmiş olmasının tazminat doğurabilmesi için ortada bir zararın bulunması gerekmektedir. Tarafların tazminat olarak talep edebilecekleri zarar çeşitlerine gelindiğinde CISG m.74'ün, ulusal hukuk düzenlerinin aksine, bu konuyu karmaşaya yer vermeyecek biçimde açık bir ifade ile düzenlediğini söylemek mümkündür. CISG m. 74'ün tazmin edilmesini öngördüğü ilk zarar kalemi, fiili zararlar, yani karşı tarafın aktifinde meydana gelen azalma veya pasifindeki artıştır. Diğer taraftan CISG m. 74'de anılan ikinci önemli zarar türü ise, yoksun kalınan kardır. Ticaret amaçlı satım sözleşmelerinde sık sık alıcının bu malları kullanıcı olarak değil de yeniden satmak üzere tedarik etmesi söz konusu olduğundan duruma göre satıcının bunu bildiği veya bilmesi gerektiği varsayılabilir³⁴².

Tarafların sözleşmeye aykırı davranışı ile, ortaya çıkan zarar arasında bir nedensellik bağının bulunmasının tazminat talep edebilmek açısından gerekli olması kuralı sorumluluk hukukunun temel ilkelerinden biri olarak CISG'de de kabul

³⁴¹ Sekreterya Şerhi, Art.70 N.3.

³⁴² OGH 06.02.1996, CISG-Online N.224; OGH 28.04.2000, CISG-Online N.581.

görmüştür. Burada kastedilen, şart kuramı uyarınca nedensellik³⁴³. Bunun ötesinde uygun nedensellik bağının³⁴⁴ aranmadığı ifade edilmektedir³⁴⁵.

Sözleşmenin ifa edilmemesinden dolayı tarafların tazminat yükümlülüklerinin kapsamını belirleyen CISG m.74 aynı zamanda kusursuz sorumluluğun esas olduğu bu sistem içinde tazminat sorumluluğunu sınırlandıran bir kriter de getirmektedir: Öngörülebilirlik. CISG sistemi içinde tazminat sorumluluğunun doğduğu tespit edildikten sonra bu sorumluluğun sınırlarının belirlenmesi aşamasında sözleşmeyi ihlal ederek tazminat yükümlülüğü altına giren tarafın yalnızca öngörebileceği zararlardan sorumlu tutulması gerektiği anlaşılmaktadır. Bu kuralın aslında kusursuz sorumluluk ilkesinin tamamlayıcısı olduğu düşünülmektedir. Buna göre, “madem borçlu prensipte her sözleşme ihlalinden sorumludur, bu durumda sadece sözleşmeyi akdederken öngörebileceği ve hesaba katabileceği zararlar için sorumlu olması mantıklıdır”³⁴⁶.

Yukarıda da ifade etmiş olduğumuz gibi, CISG’in sorumluluk yaklaşımı kusur aramamakta, daha çok garanti sorumluluğu görünümü arz etmektedir. Bu bakımdan CISG sistemi içinde m. 74 satıcının sözleşmenin ifa edilmemesinden dolayı sorumlu olduğunu kabul etmekle birlikte bu sorumluluğun öngörülebilir zararlarla sınırlı olduğunu ifade etmektedir. Bunun dışında sadece aşağıda incelenecek olan m. 79’da belirtilen sorumsuzluk hallerinden birinin varlığı halinde taraflar sorumlu tutulmamaktadırlar.

C) Tarafların Sorumluluktan Kurtulması

CISG’in borcun ifa edilmemesine ilişkin temel yaklaşımı anlatılırken ifade etmiş olduğumuz üzere, bu sistemde kural, kusursuz sorumluluktur. Fakat bunun

³⁴³ ATAMER, Yeşim: Haksız Fillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması, İstanbul 1996, s. 39.

³⁴⁴ Kavramla ilgili ayrıntılı bilgi için Bkz. ATAMER, Haksız Fiil, s. 42 vd.

³⁴⁵ ATAMER, CISG, s. 431

³⁴⁶ ATAMER, CISG, s. 440.

taraflar açısından katlanılamaz sonuçlar doğurmaması için bir ölçüde sınırlandırılması gerektiği de ortadadır. Bu anlamda tazminat yükümlülüğünü sınırlandıran yukarıdaki öngörülebilirlik kriterinin yanı sıra CISG m. 79, sorumluluğun kurulması aşamasına ilişkin bir sınırlama getirmektedir³⁴⁷. Buna göre, “ taraflardan biri, yükümlülüklerinden birini ifa etmemesinin, denetimi dışında kalan bir engelden kaynaklandığını ve bu engeli, sözleşmenin kurulması anında hesaba katmasının veya engelden ve sonuçlarından kaçınmasının veya bunları aşmasının kendisinden makul olarak beklenemeyeceğini ispatlaması halinde ifa etmeme dolayısı sorumlu tutulmaz”³⁴⁸.

Antlaşma, sorumluluktan kurtulmak için öngördüğü bu istisnai durumu, sözleşmenin ifa edilmemesi, geç ifa edilmesi ve sözleşmeye uygun olmayan malların teslimi halleri gibi sözleşmeye aykırılıklar arasında bir ayırım yapmaksızın genel bir kural olarak düzenlemiştir³⁴⁹. Bununla birlikte bu sorumsuzluk halinin ayıplı ifa halleri için de söz konusu olup olmadığı meselesi tartışma yaratmaktadır. Özellikle *common law* hukukçuları, sadece hiç ifa etmeme hallerinde m. 79 da belirtilen koşulların varlığı halinde sorumluluktan kurtulmanın mümkün olacağını ancak ayıplı ifa hallerinde ise sorumluluktan kurtulmanın mümkün olmaması gerektiğini savunmaktadırlar³⁵⁰. Bununla birlikte çoğunluk tarafından kabul edilen görüş, burada yükümlülükler arasında bir ayırım yapılmaksızın bu sorumluluktan kurtulma halinin tüm sözleşmeye aykırılık türleri açısından geçerli olduğudur. Ayrıca CISG

³⁴⁷ Sorumluluğun kurulması sorumluluğun kapsamının belirlenmesine ilişkin ayırım ve ayrıntılı bilgi için Bkz, ATAMER, Haksız Fiil, s. 5.

³⁴⁸ CISG Art. 79(1): *A party is not liable for a failure to perform any of his obligations if he proves that the failure was due to an impediment beyond his control and that he could not reasonably be expected to have taken the impediment into account at the time of the conclusion of the contract or to have avoided or overcome it or its consequences.*

³⁴⁹ JENKINS, Sarah Howard: “Exemption for Nonperformance: UCC, CISG, UNDRIT Principles-A Comparative Assessment”, *Tulane Law Review*, 1997-1998, Vol.72,s. 2023.

³⁵⁰ HONNOLD, §427; NICHOLAS, Barry: “Impracticability and Impossibility in the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods”, *International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Matthew Bender (1984), Galston & Smit ed, s. 5-10 vd.;

sistematüğinde ifa etmeme ile ayıplı ifa arasında ayrı bir tekeffül borcu öngörölmemiş olması bakımından bir ayırım olmadığı da ortadadır.

CISG m.79'a göre, sorumlu tutulan tarafın řu üç şartın kümülatif olarak bir arada bulunduğunu ispat etmesi gerekir ki sorumluluktan kurtulsun³⁵¹.

- i) İfa etmeme sebebinin etki alanı dışında kalan bir engel olduğunu (engelin dışardan gelmesi) ;
- ii) Etki alanı dışında kalan bu engelin sözleşmenin kurulması anında hesaba katılmasının mümkün olmadığını (öngörülemez olması) ;
- iii) Bu engelin sözleşmenin kurulması anında öngörölmesinin mümkün olmamasına rağmen, engel ortaya çıktıktan sonra bunun dolanılmasının veya sonuçlarının aşılmasının mümkün olmadığını(önlenebilir olması).

Antlaşma tarafından engel (*impediment*) kelimesinin kullanılmış olmasının ancak ifayı önleyen bir olgu için kullanılıyor olabileceğı düşüncesi bazı yazarlara bunun ayıplı ifa durumunu kapsamıyor olduğunu düşündürmüştür³⁵².

CISG m. 79'a göre tarafların sözleşmenin ifa edilmemesi nedeniyle sorumluluktan kurtulabilmeleri için öncelikle kendi hâkimiyet alanları dışından bir engelle karşılaşmış olmaları gerekmektedir. Bu anlamda engelin ne ifade edeceği sorusunda ilk akla gelen örnekler klasik mücbir sebep halleri olmaktadır. Bunlar deprem, yangın, sel felaketi, savaş, terör gibi hallerdir. Diğer taraftan CISG sistematüğının söz konusu engelin sözleşmenin akdedilmesinden önce ortaya çıkması ile sonra ortaya çıkması arasında bir ayırım yapmadığı görölmektedir. CISG'e göre sözleşme konusunun baştan imkansız olması halinde dahi, sözleşmenin geçerli olarak

³⁵¹ JENKINS, agm, s. 2024.

³⁵² JENKINS, agm, s. 2024; HONNOLD, §427.

kurulacağı³⁵³ düşünüldüğünde cevaplanması gereken soru, ifa engelinin sözleşmenin kurulmasından önce doğmuş olması hallerinde dahi m. 79 uyarınca sorumsuzluğun ileri sürülüp sürülemeyeceğidir. *Common Law* hukukçularının bu meseleye yaklaşımı, söz konusu hukuk çevresinde başlangıçtaki imkansızlık halleri ile sonradan ortaya çıkan engellerin farklı algılanıyor olması nedeniyle farklıdır. Zira sonradan ortaya çıkan “engellerin” *frustration* kavramı ile açıklanması ve duruma göre taraflara “sözleşmeye son verme” *discharge* imkanının tanınması söz konusudur. Diğer taraftan sözleşmenin konusu baştan imkansız ise, hata nedeni ile iptal yaklaşımı benimsenmektedir (*void for mistake*). Bunun gibi, Kara Avrupa’sı hukuk çevresinde baştan imkansızlık butlana sebebiyet vermektedir. Ancak bu iki hukuk düzeninden farklı bir çözüm yöntemi benimsemiş olan CISG’in ulusal mülahazalardan uzak değerlendirilmesi gerekliliği, daha önce de belirtmiş olduğumuz üzere, hukuk uyumlaştırması faaliyetlerinin hizmet ettiği amaçlara daha uygun düşecektir. Bu çözüme göre, sözleşmenin konusu imkansız bile olsa, sözleşme kurulmuştur, geçerlidir, iptali de mümkün değildir. Satıcının ifa edememeden dolayı bir sorumluluğu vardır. Elbette m. 79 anlamında sorumsuzluktan istifade edebilmesi için tüm şartların birlikte aranacağı ortadadır. Yani kendi sorumluluk alanında gerçekleşen olaydan haberdar olması gerekeceği düşünüldüğünde, baştan ortaya çıkan imkansızlığı bilerek sözleşmeyi akdetmesi durumunda sonucuna katlanması da adil kabul edilecektir³⁵⁴. Ancak başlangıçtaki, kendi hakimiyet alanı dışında ortaya çıkan, sözleşmeye aykırılıktan borçlunun haberdar olmadığı ve bu yüzden m. 79 uyarınca sorumlu tutulamayacağı haller hakimiyet alanının çok geniş tutuluyor olmasından dolayı oldukça nadir ortaya çıkacak haller olarak düşünülmektedir.

³⁵³ ATAMER, CISG, s. 110; “...sözleşme baştan imkânsız bir konuya ilişkin olsa bile, geçerli olarak kurulmuş olur ve duruma göre satıcının sorumluluğu doğar. Zira nakil halindeki malların satımında hasarın intikalini düzenleyen m. 68 uyarınca ‘satım sözleşmesinin akdi anında malın zayı olduğunu veya zarar gördüğünü satıcının bildiği veya bilmesi gerektiği hallerde bu bilgiyi açıklamamışsa ziya veya zarar rizikosunu satıcı taşır’. Demek ki telef olmuş olan bir mala, örneğin çoktan batmış bir gemideki mala ilişkin olarak yapılmış olan satım sözleşmesi geçerliliğini korur ve duruma göre satıcının sözleşmesel sorumluluğu doğar.”

³⁵⁴ ATAMER, CISG, s. 458.

Bununla birlikte bu istisnai, öngörülemez ve önlenemez haller için borçluyu sorumlu tutmamak gerektiği düşünülmektedir³⁵⁵.

Sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesinden dolayı tarafların sorumluluktan kurtulmaları için tarafların hakimiyet alanları dışından gelen engelin varlığı yanında bu engelin taraflarca öngörülemez nitelikte olması da gerekmektedir. Uluslararası karakterli satım sözleşmeleri düşünüldüğünde, bu alanda faal mantıklı, makul birisinin ortaya çıkan engeli algılayabiliyor ve sözleşmelerini buna göre akdediyor olduğu anlaşılırsa tarafların sorumluluktan kurtulması mümkün olmayacaktır³⁵⁶. Bu açıdan bakıldığında öngörülebilirliğe ilişkin ölçünün somut olay çerçevesinde belirleneceği ve CISG kapsamına giren sözleşmeler açısından da öngörülemez olayların sınırlı olacağı kanaatindeyiz.

Bunun gibi, sözleşmenin ifa edilmemesine neden olan engelin sonuçlarının ortadan kaldırılamaz, yani önlenemez olması da gerekmektedir. Tarafların sözleşmeyi akdettikten sonra gelişmelere seyirci kalmaması ve ortaya çıkan engellere rağmen sözleşmeyi gereği gibi ifa etmek için elinden geleni yapması gerekmektedir³⁵⁷.

CISG m. 79 f. 2, ifa etmemeye ilişkin sonucun görevlendirilen üçüncü kişinin eyleminden kaynaklanması halini düzenlemektedir. Buna göre, “taraflardan birinin ifa etmemesi, sözleşmeyi kısmen veya tamamen ifa etmek ile görevlendirdiği bir üçüncü kişinin ifa etmemesinden kaynaklanıyorsa, bu tarafın sorumluluktan kurtulması ancak; (a) Fıkra 1 uyarınca sorumluluktan kurtulacak olduğu takdirde ve (b) Görevlendirmiş olduğu kişiye fıkra 1 uygulanacak olsaydı o da sorumluluktan

³⁵⁵ ATAMER, CISG, s. 458.

³⁵⁶ ATAMER, CISG, s. 460.

³⁵⁷ ATAMER, CISG, s. 461.

kurtulacak olduğu takdirde mümkündür³⁵⁸”. Buradan anlaşıldığı kadarı ile tarafların kullandıkları yardımcı kişilerin davranışlarından ötürü zaten hep sorumlu tutulmaktadırlar. Bu anlamda çalışanlar, işçiler vs. hakimiyet alanı içindedir ve f.1 uyarınca bunlardan dolayı sorumlu tutulmak gerekmektedir³⁵⁹. Burada kast edilen, bağımsız üçüncü kişilerin ifa etmeme davranışlarıdır. Buna göre bağımsız üçüncü kişiler, banka, taşıyıcı gibi ifa sürecine dahil olan ve satıcının sınırlı bir kontrol imkanı ile denetleme ve talimat imkanı bulunan kişilerdir³⁶⁰. Bu anlamda yardımcı kişilerin ifa etmemelerinden dolayı sorumluluktan kurtulma bu fıkra ile güçleştirilmiştir. Zira, tarafların hem kendileri açısından hem de üçüncü kişiler açısından öngörülemezlik ve önlenemezlik durumlarını ispat ile mükellef olması söz konusudur. Yardımcı kişilerin önleyebilecekleri durumlarda elbette sorumsuzluk söz konusu olmayacaktır.

³⁵⁸ CISG Art. 79(2): “If the party's failure is due to the failure by a third person whom he has engaged to perform the whole or a part of the contract, that party is exempt from liability only if: (a) he is exempt under the preceding paragraph; and (b) the person whom he has so engaged would be so exempt if the provisions of that paragraph were applied to him.”.

³⁵⁹ ATAMER, CISG, s. 472.

³⁶⁰ Bkz., ŞENOCAK: Borçlunun İfa Yardımcılarından Sorumluluğu, Ankara, 1995, s 114.

II. MİLLETLERARASI TİCARİ SÖZLEŞMELERE İLİŞKİN İLKELER-PICC-'DE BORCUN İFA EDİLMEMESİNİN SONUÇLARI

A) Genel Olarak

UNIDROIT Komisyonunun milletlerarası ticari sözleşmelere ilişkin olarak hazırlayıp, yayınlamış olduğu temel ilkelerin, dünya üzerinde milletlerarası ticaret hukukunun uyumlaştırılmasının ulaştığı noktayı işaret etmek bakımından önemli bir aşama olduğu bugün kabul gören bir gerçektir³⁶¹. Bu anlamda Prensipler³⁶², bütün büyük hukuk çevrelerinin temsilcileri tarafından kabul edilebilecek, temel bir kurallar bütünüünün belirlenmesinin mümkün olduğuna yönelik önemli bir ikna ediciliği de bünyesinde barındırmaktadır. Bu kurallar bütünüünün kabul edilebilmesinde elbette, Prensiplerin somut uyuşmazlıklara çözüm getirebilecek kadar genel kuralları içeriyorken bir taraftan da belirsiz bir görünüm içinde olmaması önemli görülmektedir³⁶³.

Bu bağlamda, PICC'de öngörülen kuralların “Prensipler” şeklinde ortaya konmuş olduğunu hatırlatmakta fayda vardır. Yani, PICC, uluslararası düzeyde hukukun uyumlaştırılması çalışmalarında kodifikasyondan farklı, bağlayıcı olmayan ancak bunun yanında tüm borç ilişkileri ve sözleşme türleri bakımından uygulanma imkanına sahip olan genel kurallar bütünüü olarak öngörülmüştür.

³⁶¹ ROSSET, Restatement, s. 347.

³⁶² UNIDROIT Enstitüsü tarafından hazırlanan Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin İlkeler, Dünya genelinde yukarıda da belirtmiş olduğumuz üzere PICC kısaltması ile anılmakta olup çalışmamızda PICC ifadesi ile anılacak olmakla birlikte Prensipler ifadesinin de PICC'yi ifade ettiğini belirtmekte fayda vardır.

³⁶³ ROSETT, Restatement, s. 347.; Ayrıca Prensiplerin uygulamada da olumlu neticeler vermekte olduğu ile ilgili Bkz. BONELL, Michael Joachim: “*The UNIDROIT Principles: First Practical Experiences*”(First Practical Experiences); Eur.J.L.Reform, 1999, Vol.1, pp.193-202.

PICC, CISG'den farklı olarak sadece satım sözleşmesine ilişkin hükümleri içermemekle birlikte, aynen CISG'de olduğu gibi yeknesak bir sözleşmeye aykırılık sistemini benimsemiştir. Bu durum iki düzenlemenin de UNIDROIT Enstitüsü tarafından *common law* etkisi altında kalınarak hazırlanması ile ilgili olsa da Kıta Avrupa'sı sistemi kanunlarının temelde imkansızlık ve temerrüt esasları üzerine oturtulmuş kanunlarına sonradan "uyarlama" ilkesinin benimsenmesi ile getirilmeye çalışılan çözümlerden daha kapsayıcı, düzenli ve anlaşılır bir çözümü öngörmektedir.

Borca aykırılık/ifa etmeme/sözleşmenin ihlali gibi kavramların çeşitli hukuk düzenlerindeki tanımlanma biçimleri ve teorik olarak oturtuldukları yerler, söz konusu hukuk düzenlerinin uyuşmazlık çözümü konusundaki temel yaklaşımlarını da belirlemektedir. UNIDROIT Prensiplerinin, bu açıdan farklı hukuk düzenlerinden hukukçuların kendi devletlerini doğrudan temsil etmeksizin, bir araya gelerek bu konuda ortak bir zeminde buluşmaları açısından önemini hatırlatmakta fayda vardır. PICC'nin bu özelliği ve hukukun uyumlaştırılması için yapmış olduğu katkı, en çok ifa etmemeye ilişkin hükümlerin düzenlenişinde ve uygulanmasında kendisini gösterecektir. PICC'nin ifa etmemeye ilişkin hükümlerinin incelenmesine ayırmış olduğumuz çalışmamızın bu bölümünde Prensiplerin düzenlenişindeki temel sistematik doğrultusunda açıklamalarda bulunmaktayız. Bu bağlamda öncelikle, ifa etmeme (*non-performance*) kavramının tanımı ve bununla ilişkili temel kavramların ele alındığı Art. 7.1 vd. daki düzenlemeler ele alınacaktır. Daha sonra ise ifa etmeme durumları için öngörülen sonuçların düzenlendiği Art.7.2 vd. daki düzenlemelere değinilecektir.

Ancak söz konusu maddelerin ayrıntılı incelenmesine geçmeden önce, hemen belirtmek gerekir ki, Prensiplerin uluslararası düzeyde ticari işlemlerden doğan uyuşmazlıklara çözüm getirmek açısından esas 7. bölümdür. Bu bölüm, ilkelerin maddi hukuk alanındaki merkezini teşkil ederken aynı zamanda ifa etmeme

durumları açısından, aynen ifaya ilişkin talep hakkı, tazminat hakkı ve sözleşmenin feshi gibi yaptırımsal sonuçları düzenlemektedir.

Sözleşme hukukunun bu en önemli ve çetrefilli sorularını cevaplamak açısından 7. bölümün en yaratıcı sentezi ortaya çıkarmakta olduğu ifade edilmektedir³⁶⁴. Aynı şekilde, 7. bölümün Prensiplerin işleyişi ve uyumlaştırılmış bir ticaret hukukunun oluşturulması açısından önemini gösterirken bir taraftan uluslararası uyumlaştırmanın bizi, ‘daha iyi bir hukuk’a doğru götürmekte olduğunu ispat etmektedir. Bu sonuca ulaşılmasında farklı hukuk çevrelerindeki mahkemelerden, hakem heyetlerinden ve alternatif uyuşmazlık mekanizmalarından elde edilen maddi hukuka ilişkin sonuçların bir araya getirilmesinin etkisi yadsınamaz³⁶⁵.

Ticaret hukukunun uyumlaştırılması sürecinde alışıldan farklı bir bakış açısı ve yöntemle hazırlanarak kabul edilen PICC’nin diğer düzenlemeler içinde nasıl bir yere oturduğu ve bu düzenlemelerle ilişkilerine gelindiğinde, Prensiplerin diğer hukuk uyumlaştırması metinleri (yani uluslararası konvansiyonlar, antlaşmalar) ile rekabet etme durumunda olmadığı çoğu kez ifade edilmektedir³⁶⁶. Bilakis Prensipler, diğer hukuk kuralları ile uyum içinde ve onları destekler niteliktedir. PICC’nin, Amerikan *restatement* sistemini örnek almasından dolayı³⁶⁷, milletler arası ticaret hukuku anlamında *lex mercatoria*’yı yeniden ifade eden (*re-state*) düzenlemeler olduğu ifade edilmektedir³⁶⁸.

³⁶⁴ ROSETT, Chapter seven, s. 441.

³⁶⁵ ROSETT, Chapter seven, s. 441.

³⁶⁶ ROSETT, A new approach, s. 354; BONELL, Unidriot&Cisg, s. 33.

³⁶⁷ PICC’nin Amerikan restatment sistemini takip etmesi ile ilgili Bkz. Yuk. Böl.III.B.2

³⁶⁸ ROSETT, A new approach, s. 354. BONELL, Unidriot&Cisg, s. 29.

PICC'nin önsöz bölümünde (*preamble*), Prensiplerin beş değişik durumda uygulanacağı ifade edilmiştir. Bunlardan ilkinde Prensipler kesin olarak uygulanacak (*shall be applied*) diğer dördünde ise uygulanabilir (*may be applied*) niteliktedir³⁶⁹:

- a. tarafların sözleşmelerine Prensiplerin uygulanmasını kararlaştırdıkları durumlar;
- b. Tarafların sözleşmelerine “hukukun genel ilkeleri”³⁷⁰ nin “*lex mercatoria*”³⁷¹ nin ve benzerlerinin uygulanmasını kararlaştırmış oldukları durumlar;
- c. Tarafların sözleşmelerinde uygulanacak hukukun ilgili kuralının belirlenmesinin imkansız olduğu durumlarda;
- d. Uluslararası yeknesak hukukun kurallarının yorumlanması veya desteklenmesi gerektiği durumlarda;
- e. Ulusal veya uluslararası düzeyde yasama için bir modele ihtiyaç duyulduğunda.

PICC, hukuk uyumlaştırmasında bağlayıcı milletlerarası kurallara alternatif olarak öngörülmüş olsa da görülen odur ki, bu haliyle antlaşmaları ve konvansiyonları yorumlayıcı ve tamamlayıcı bir nitelik arz eder. Bu durum

³⁶⁹ BASEDOW, Uniform Law, s. 131.

³⁷⁰ PICC'nin “hukukun genel ilkeleri” olarak uygulanması ile ilgili ayrıntılı bilgi için Bkz. FERRARI, Franco: “General Principles and International Uniform Commercial Law Conventions: A Study of the 1980 Vienna Sales Convention and 1988 UNIDROIT Conventions”(Uniform Law Conventions); Unif. L. Rev, 1997, Vol.2, pp. 451-472.

³⁷¹ Lex Mercatoria tanımı, kökenleri, doğası ve amaçları ile ilgili ayrıntılı bilgi için Bkz. SATTAR, s. 14 v.d. ; Ayrıca PICC'nin Lex Mercatoria olarak uygulanması ile ilgili ayrıntılı bilgi için Bkz. SATTAR, agm.; BERGER, Lex Mercatoria, s. 943-990.

Prensiplerin hazırlayıcıları tarafından kesinlikle arzulanan bir sonuç olarak ifade edilmektedir³⁷².

B) İfa Etmemeye İlişkin Temel Kavramlar

PICC’de ifa etmemeye (*nonperformance*) ilişkin temel kavramların ele alındığı Art. 7.1, öncelikle ifa etmeme (ademi ifa³⁷³)’nın tanımı (7.1.1); ademi ifaya tarafların kendi fiili veya ihmali ile sebep olmuş olması (7.1.2); karşılıklı edimleri havi akitlerde tarafların karşı tarafın ifasına bağlı olarak kendi ifalarını askıya alabilme haklarını (7.1.3); ortadaki sözleşme ihlalinin ifa borçlusu tarafından sonradan düzeltilmesi hakkını (7.1.4); yine buna bağlı olarak tarafların ifa için ek süre taleplerini (7.1.5); ademi ifa sorumluluğunu sınırlayıcı sözleşmelerin durumunu (7.1.6) ve nihayet hukukumuzda mücbir sebep olarak ifade bulan *force majeure* durumunu (7.1.7) düzenlemektedir. Genel olarak ademi ifaya ilişkin kavramlar başlığı altında burada zikredilen durumlar önemli görüldüğü ölçüde ve sırasıyla incelenecektir.

PICC Art. 7.1.1 de ifa etmeme kavramı, Prensiplerin amacı bağlamında tanımlanmaktadır. Buna göre, “ademi ifadan, ayıplı veya gecikmeli ifa dahil taraflardan birinin, sözleşmeden doğan yükümlülüklerinin herhangi birinde mevcut olan noksanlık anlaşılır”. Bu tanımda iki temel nokta üzerine dikkat çekmekte fayda vardır. Öncelikle, ademi ifa kavramının bütün sözleşmeye aykırılık türlerini kapsayacak şekilde tanımlandığını belirtmek gerekir. Yani, sözleşmenin kısmi olarak ifa edilmemesi ile bütün olarak ifa edilmemesi ademi ifa tanımı içine girmektedir. Bu durumun işaret ettiği üzere, CISG m.45’de ifadesini bulan yeknesak sözleşmeye

³⁷² BASEDOW, Uniform Law, s. 138.

³⁷³ UNIDROIT Enstitüsü tarafından ilki 1994 yılında yayımlanan ve en son 83. birleşmesinden sonra 2004 yılında bazı ek bölümler ve genişletilmiş bir önsözle yayınlanan Prensipler sözleşmelerin ifa edilmemesi için İngilizce *nonperformance*; Fransızca *inexécution* kavramlarını kullanmaktadır. Prensiplerin Türkçeye Prof. Dr. Kemal Dayınlarlı tarafından yapılan tercümesinde ise ifa etmeme kavramını ifade etmek için ademi ifa kavramı kullanılmaktadır. Bu nedenle çalışmamızda Prensiplerde ifa etmemeden bahsedilirken ademi ifa kavramı kullanılacaktır.

aykırılık anlayışının dünyaca kabul gördüğünü Art. 7.1.1'deki ihlal tanımından da anlamak mümkündür³⁷⁴.

İkinci temel nokta ise, ademi ifa kavramı, ifa etmemenin mazur görüldüğü ve görülmediği tüm durumları kapsamaktadır³⁷⁵. Prensiplere göre, ifa etmeme, karşı tarafın fiili veya ihmali ile ademi ifaya sebep olması durumunda, karşılıklı akitlerde ifanın askıya alınması söz konusu olabilecek veya dışarıdan gelen etkenlerle mazur görülebilecektir.

PICC Art. 7.1.2 de, ademi ifaya birlikte sebebiyet vermenin sonuçları düzenlenirken, “ademi ifaya, bir tarafın kendi kısmına ilişkin bir fiil veya ihmal veya riskini üstlendiği bir olay sebep olmuşsa bu taraf, diğer tarafın ademi ifasından yararlanamaz” denilmektedir. Bu maddede, ifa etmemeden zarar gören tarafın buna kendi davranışı ile sebep olması halinde ademi ifa nedeniyle söz konusu olan başvuru yollarından yararlanamayacağı düzenlenmektedir. Yani, kendisi aleyhine ademi ifaya tamamen sebebiyet veren tarafın ifa etmeme durumunda Prensipler tarafından tanınan haklardan istifade edemeyeceği ortadadır. Bununla beraber, kısmi olarak kendi fiili nedeniyle kendisi aleyhine ademi ifaya sebebiyet vermesi durumunda ilgilinin hangi ölçüde kendi fiiliyle ademi ifaya sebebiyet verdiği araştırılmalıdır³⁷⁶.

PICC Art. 7.1.3 'de, tarafların karşılıklı taahhütleri havi akitlerde, aynı anda ifa etmelerinin söz konusu olduğu akitler için öngörülen bir çözüm mekanizması söz konusudur. Buna göre: “(1)Diğer tarafla aynı zamanda ifasını yerine getirmek zorunda olan taraf, diğer taraf ifa teklifini yapmadığı sürece kendi ifasını askıya alabilir. (2) Kendi ifasını diğer tarafın ifasından sonra yerine getirmek durumunda olan

³⁷⁴ BASEDOW, Universal Doctrine, s. 492; Yeknesak sözleşmeye aykırılık yaklaşımı yukarıda ayrıntılı olarak açıklanmıştır. Bkz yuk . Bölüm IV.B.1.

³⁷⁵ PICC Resmi Şerhi Art. 7.1.1.

³⁷⁶ PICC Resmi Şerhi Art. 7.1.2. Alacaklının ifa etmemeye hangi oranda katıldığını tespit etmek, onun katılmadığı kısım için başvuru yollarından yararlanmasına imkan vermek bakımından önemlidir.

taraf, diğer taraf ifasını yerine getirmediği sürece kendi ifasını askıya alabilir.” Bu madde ifa emrini düzenleyen Art. 6.1.4³⁷⁷ ile beraber okunduğunda tarafların ifalarını mümkün olduğu ölçüde eş zamanlı olarak yerine getirmeleri gerektiği ve buna bağlı olarak taraflara karşı taraf edimini yerine getirmediği sürece kendi ifasını askıya alma hakkını tanındığı şeklinde yorumlanabilir.

PICC, uluslararası ticaretin uyuşmazlık çözme mekanizmasına uyumlaştırılmış maddi hukuk kuralları ile yol gösterici bir işlevi yerine getirirken uluslararası ticaretin özelliklerini dikkate almaktadır. Bu nedenle sözleşmenin ifa edilmemesi durumunda borçluya ikinci bir şans daha tanımak bakımından düzeltme imkanı vermektedir.

PICC Art. 7.1.4 (1)’e göre borçlunun, masrafları kendisine ait olmak üzere, her türlü ifa etmeme durumunu düzeltmeye tahsis edilen tüm tedbirleri alması belirli koşullar altında mümkündür. Buna göre, ifaya ilişkin eksikliğin gecikmeksizin ne zaman ve nasıl giderileceğini bildirmeli (Art.7.1.4(1)(a)), söz konusu düzeltme hal ve şartlara uygun olmalı (7.1.4.(1)(b)), alacaklının düzeltmeyi reddetmekte hiçbir yasal menfaati bulunmamalı (7.1.4.(1)(c)) ve düzeltme, gecikmeksizin gerçekleştirilmiş olmalıdır (7.1.4.(1)(d)). Bu maddenin ilk paragrafı, bazı koşulların sağlanması durumunda, ademi ifayı gerçekleştiren tarafın bunu düzeltmesini mümkün kılmaktadır. Dolayısıyla, söz konusu şartların karşılanması ile ademi ifada bulunan taraf, sözleşmede belirtilen ifa süresini bir miktar daha uzatabilmektedir. Şayet ifanın zamanında gerçekleştirilmesi gereği sözleşmeden veya koşullardan anlaşılabiliriyorsa böyle bir imkan bulunmamaktadır³⁷⁸. Prensiplerin bu madde ile sözleşmenin korunmasından yana bir yaklaşımı benimsemiş olduğu ifade edilmektedir³⁷⁹. Bu

³⁷⁷ Art. 6.1.4 : “Taraflardan her birinin ifalarının eş zamanlı olarak yerine getirilebilmesinin mümkün olması ölçüsünde, taraflar, ifalarını hal ve şartlar aksini işaret etmedikçe bu şekilde yerine getirmekle mükelleftir.”

³⁷⁸ PICC Resmi Şerhi Art. 7.1.4.

³⁷⁹ ROSETT, Chapter seven, s. 447.

madde aynı zamanda Art. 7.4.8’de zararın azaltılması³⁸⁰ ve Art. 1.7’deki iyi niyet ilkesi ile iş birliği içinde ekonomik zararları en aza indirmeye yönelik bir çabayı da yansıtır.

İfa etmeme nedeni ile sorumlu tutulacak olan tarafın ademi ifasını düzeltmesi için öncelikle bu düzeltmenin nasıl ve ne zaman yapılacağının bildirilmesi gerekmektedir. Bunun yanında söz konusu düzeltmenin hal ve şartlara uygun olması gerekmektedir. Düzeltmenin bu uygunluğu içerip içermediği, sözleşmenin türüne ve özelliklerine bakılarak belirlenecektir. Bunun gibi, sözleşmesel menfaati ademi ifa ile ihlal edilen alacaklının borçlunun düzeltme talebini reddetmede yasal bir menfaati varsa borçlu düzeltmede bulunamayacaktır. Bu durumda alacaklının ifa etmeme sonra sözleşmeye devam etmek istemediğine karar vermiş olması tek başına yasal bir menfaat sayılmamaktadır³⁸¹.

Yukarıda ifade edilen mülahazalarla yine, PICC Art. 7.1.5, taraflardan birinin edimini ifa etmiş olması ve fakat diğerinin ifasının gecikmesi halinde ifa eden tarafın karşı tarafa ek süre verebileceğini düzenlemektedir. Bu düzenleme, CISG m. 47’de olduğu gibi, Alman hukukunda yer alan *Nachfrist* kavramından etkilenilerek ortaya konulmuştur. Bu düzenlemenin yapılmasında, temerrüt-geç ifa- halinin diğer sözleşmeye aykırılıklardan farklı algılanmasının etkisi olduğu söylenmektedir. Buna göre geç ifa durumu hiçbir zaman yaptırımla düzeltilemeyecek bir durumdur, zira ifanın gecikmesi asla geri alınamaz. Ancak taraflar çoğu zaman gecikmiş ifayı hiç ifa etmeme durumuna tercih ederler ve bu nedenle karşı tarafa ek süre tanınmasının yolu mutlaka açık tutulmalıdır³⁸². Kaldı ki temerrüt dolayısıyla uğranılan zararın gerek faiz gerekse tazminat biçiminde karşılanması her zaman mümkündür. Karşı tarafa ek süre verme ile ilgili olarak, bu maddenin CISG ile uyum içinde bir düzenleme

³⁸⁰ Art. 7.4.8: “(1) Makul vasıtalarla alacaklının azaltabileceği ölçüde zararlardan borçlu sorumlu değildir.(2)Alacaklı zararı azaltmak için harcadığı makul masrafları geri alabilir.”

³⁸¹ PICC Resmi Şerhi, Art. 7.1.4.

³⁸² PICC Resmi Şerhi Art. 7.1.5.

getirmekte olduğunu belirtmek gerekir. Aynı şekilde karşı tarafa ek süre verilmiş olması halinde alacaklının aynen ifa talebinde bulunması mümkün olmamakla beraber gecikmiş ifadan doğan zararların tazminine ilişkin hak ise bu süreden etkilenmeyecektir.

PICC Art. 7.1.6, “bir tarafın ademi ifa sorumluluğunu sınırlayan veya hariç tutan veya diğer tarafın makul olarak beklediği ifadan esaslı olarak farklı bir ifaya izin veren bir hükmü, sözleşmenin amacı dikkate alındığında onu yapma açıkça hakkaniyete uygun değil ise ileri süremeyeceği”ni düzenlemektedir. Söz konusu madde, muafiyet anlaşmalarına³⁸³ uluslararası ticarete sık rastlanıyor olmasından dolayı sözleşmelerdeki muafiyet klorlarını sınırlandıracak bir düzenlemeyi içermektedir. Burada amaç söz konusu hükmü uygulayacak olan mahkemeye iyi niyet ilkesinin yol göstericiliği ışığında geniş bir takdir hakkı tanımaktadır³⁸⁴. Bu bağlamda, ademi ifanın sonuçlarına ilişkin düzenlemeler yapan sözleşme hükümleri geçerli olmakla birlikte açıkça hakkaniyete aykırı gözüken muafiyet hükümleri geçerli olmayacaktır.

PICC Art. 7.1.7, ademi ifanın sonuçlarından muafiyetle ilgili olarak *force majeure* halini düzenlemiştir. Buna göre, “ademi ifanın kendi kontrolü dışındaki bir engelden kaynaklandığını kanıtlayan ve engeli sözleşmenin yapılışı esnasında dikkate alması, onu önceden bildirmesi veya onun veya sonuçlarının üstesinden gelmesi kendisinden beklenemeyen borçlu, ademi ifanın sonuçlarından muaftır”³⁸⁵. Bu maddede *force majeure* kavramının kullanılmasının sebebi, uluslararası ticari

³⁸³ Muafiyet anlaşmaları, Prensiplerin amacı doğrultusunda, ademi ifada bulunan tarafın ademi ifadan doğan sorumluluğunu sınırlandıran veya kısıtlayan anlaşmalar olarak tanımlanmaktadır. PICC Resmi Şerhi, Art. 7.1.6.

³⁸⁴ PICC Resmi Şerhi Art. 7.1.6

³⁸⁵ PICC Art. 7.1.7: “(1) *Non-performance by a party is excused if that party proves that the non-performance was due to an impediment beyond its control and that it could not reasonably be expected to have taken the impediment into account at the time of the conclusion of the contract or to have avoided or overcome it or its consequences*”.; Maddenin lafzına bakıldığında *force majeure* durumunun ortaya çıkması için aranan şartlar CISG m.79’da düzenlenen ile paralellik arz ettiği görülecektir bu nedenle koşulların tek tek ele alınmasına ihtiyaç görülmemiştir. Bkz.yuk. IV.B.7.

uygulamada yaygın olarak kullanılıyor olması nedeniyledir. Bunun yanında bu kavram *common law* sistemlerindeki imkansızlık (*frustration&impossibility*) kavramlarını karşılarken *civil law* sistemindeki *force majeure* kavramını karşılamaktadır. Prensiplerin, bu maddesinde yer alan *force majeure*, etkisini sözleşme ile üstlendiği edimleri ifa etmeyen tarafın sorumluluktan muaf tutulması ile gösterir. Bu etki, şayet ifa etmeme durumu esaslı bir ihlal anlamına geliyorsa alacaklının sözleşmeyi sona erdirmeye hakkını elinden almamakta sadece, ifa etmeyen tarafı zararlardan dolayı mazur görme anlamına gelmektedir³⁸⁶.

PICC, *force majeure*'le ilgili hükümleri ademi ifa başlığı altında düzenlemektedir. Bununla beraber 'öngörülemeyen hal'³⁸⁷ /*hardship*', ifa başlığı altında ele alınmıştır. Bu iki durumun birbirinden ayrı olarak ele alınmasının nedeni, *force majeure*'ün ifa imkansızlığına yol açtığı kabul ediliyor olması ve böyle bir durumda ifadan bahsedilemeyeceği; ancak 'öngörülemeyen hal' durumunda ifanın halen mümkün olması nedeniyle bu durumun ifa başlığı altında incelenmesinin uygun olması olarak yorumlanmaktadır³⁸⁸. Bu yaklaşıma göre, *force majeure*'le ilgili hükümler oldukça katıdır. Bu anlamda ifa etmemenin mazur gösterebilmek için ifanın, edimin tümü veya bir kısmı bakımından, tümüyle imkansızlaşması gerekmektedir. Örneğin, engelin tarafların finansal güçlüğü düşmesi ile ortaya çıkması halinde, bunun *force majeure* sayılıp sayılamayacağı sorusu gündeme gelebilir. Bu durumda ne Prensiplerin lafzı (Art.7.1.7) ne de Resmi Şerhte finansal güçlüklerin *force majeure* yaratacağı ifade edilmektedir³⁸⁹.

³⁸⁶ PICC Resmi Şerhi, Art. 7.1.7.

³⁸⁷ PICC Art. 6.2.1 v.d.'da *Hardship* başlığı altındaki düzenleme Prof. Dr. Kemal Dayınlarlı tarafından yapılan tercümede, 'öngörülmeleyen hal' olarak çevrilmiştir.

³⁸⁸ PERILLO, Joseph M: "Force Majeure and Hardship Under the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts"; Tul. Int'l & Comp. L., 1997, Vol. 5, s. 15.

³⁸⁹ Bunun gibi, Amerikan Hukukunda da finansal engellerin böyle bir duruma yol açmayacağı düşünülmektedir. Bu durum içtihat hukuku ve doktrin tarafından ortak olarak varılan bir sonuçtur. Buna göre, bu engeller daha çok sübjektif engeller olarak görülür. Zira edimin ifası açısından finansal riskler tüm sözleşmelerle üstlenilen temel riskler olup genel olarak borçlunun hakimiyet alanı içinde

Burada *force majeure* kavramı ele alınırken Art. 6.2.1 v.d’da ki maddelerde düzenlenen ‘öngörülme yen hal’ ile bir kıyaslama da yapmak gerekir. Buna göre, öngörülme yen hal durumunda, “edimlerin dengesini temelinden değıştiren olayların meydana gelmesi halinde, borçların ifasının maliyetinin artması ya da karşı edimin değeri nin azalması durumunda öngörülme yen halin varlığından bahsedilmektedir³⁹⁰. Ancak, bunun için söz konusu olaylar, sözleşmenin yapılmasından sonra meydana gelmiş veya zarara uğrayan tarafça o zaman anlaşılmış olmalı; mağdur olan taraf sözleşmenin yapılması esnasında, böyle olayları makul olarak dikkate alamamış olmalı; bu olaylar mağdur tarafın kontrolü dışında oluşmuş olmalı ve bu olayların riski mağdur olan tarafça üstlenilmemiş olmalıdır. Öngörüle me yen hal’in sonuçları ise, sözleşmenin mağdur olan tarafın talebi ile yeniden gözden geçirilmesi ve/veya bu durumda netice alınamaması halinde sözleşmenin hakim tarafından edimlerin dengesinin yeniden tesis edilmesi yönünde uyarlanması şeklinde gözükmektedir³⁹¹.

C) Aynen İfayı Talep Hakkı

PICC, *pacta sunt servanda*-ahde vefa ilkesini ve onun Kıta Avrupa’sı sistemlerindeki yorumunu takip ederek, borcun ifa edilmediğı durumlarda taraflara aynen ifa imkanını tanıyacak düzenlemeler getirmektedir. PICC’de bu hak para borçları ve konusu paradan başka bir şey olan borçlar açısından ayrıma tabi tutularak

kabul edilirler. Finansal kaynaklı engeller daha çok sübjektif engeller olarak görüldüğünden ve bu engeller borçlunun kontrol sahası dışında ortaya çıkmış olsalar bile *force majeure* sayılmayacak ve borçluyu sorumluluktan kurtarmayacaktır.

³⁹⁰ Prof. Dr. Dayınlarlı’nın tercümesinde *Hardship* kavramının ‘öngörülme yen durum’ olarak çevrilmesi söz konusu hukuki olgunun, Türk hukukundaki karşılığı (işlem temelini n çökmesi/sözleşmenin değışen şartlara uyarlanması/emprevizyon v.s.) ifade ediyor olsa da, esasen burada kastedilen, sözleşmenin ifasında edimlerin dengesinin sonradan bozulması nedeniyle ortaya çıkan ifa güçlüğüdür. Bununla birlikte bu güçlüğün taraflarca öngörüle me yen bir durum neticesinde ortaya çıkmış olması bu ifa güçlüğünün sözleşmenin yeniden gözden geçirilmesi veya mahkeme tarafından uyarlanmasını sağlayacak unsur olarak görünmektedir.

³⁹¹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için genel olarak Bkz.; PERILLO agm, ; SPEİDEL, Richard E:“Excusable Nonperformance in Sales Contracts: Some Thoughts About Risk Management”; S. C. L Rev, 1998, Vol. 32, pp.241-281.; JENKİNS, Sarah Howard: “Exemption for Nonperformance: UCC, CISG, UNDROIT Principles-A Comparative Assessment”, Tulane Law Review, 1997-1998, Vol.72, pp.2015-2029.; SLATTER, Scott D:“Overcome by Hardship: The Inapplicability of the UNIDROIT Principles’ Hardship Provisions to CISG”; Flo. J. Int’l L., 1998-2000, Vol. 12, pp.231-262.

düzenlenmektedir. Buna göre PICC Art. 7.2.1’de “Borçlu tarafından para borcunun ödenmemesi durumunda alacaklı onu ödemeye zorlayabilir”; Art 7.2.2’de “Paradan başka bir borcun, borçlusu tarafından yerine getirilmemesi halinde, alacaklı onu ifaya zorlayabilir, edimin istisnası ise şunlardır; (a) İfa fiilen ve kanunen imkansız ise; (b) İfa veya varsa ifa yolları makul olmayan gayret veya masrafları zorunlu kılıyorsa; (c) Alacaklı makul olarak ifayı başka bir şekilde elde edebilirse; (d) İfa tamamen şahsa bağlı bir nitelik gösteriyorsa veya (e) Ademi ifayı öğrendikten veya öğrenmesi gerektiği andan itibaren makul bir sürede alacaklı borçluyu ifaya zorlamazsa.

Buna göre PICC, öncelikle para borçlarının ademi ifası durumunda, alacaklının aynen ifayı talep etme hakkını tanımaktadır. Bu bağlamda talep hakkı (*demand*) alacaklının hem borçludan aynen ifayı talebi hem de mahkemeden aynen ifayı talebi anlamında yorumlanmaktadır³⁹². Prensiplerin bu maddesine ve Şerhine bakıldığında, para borçlarında aynen ifanın kesin ve istisnasız bir biçimde kabul edilmiş olduğunu görmekteyiz. Bununla birlikte, konusu para olan edimin bir şeyin teslimi veya bir işin yapılması ediminden önce ifa edilmesinin kararlaştırılmış olduğu durumlarda aynen ifaya yönelik talebin kişileri bağlı kalmak istemedikleri sözleşme ile bağlı kılma yönünde bir sonuca götürdüğü düşünülmektedir³⁹³. Ancak yine de para borçlarının ifasında aynen ifa talebine ilişkin bu kesinlik bir çok açıdan en makul çözümdür. Zira para hiçbir zaman yok olmaz ve dolayısıyla borcun tam olarak imkansızlaşması mümkün olmaz. Bunun gibi, ifanın bir başka kaynaktan elde

³⁹² PICC Resmi Şerhi, Art. 7.2.1 N.1

³⁹³ SCHWENZER, Ingeborg: “Specific Performance and Damages According to the 1994 UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts”; Eur. J. L. Reform, 1999, Vol.1, s. 293.; Schwenger, burada bir iş sözleşmesini örnek vermektedir. Buna göre, taraflar arasında sözleşme akdedildikten ve fakat işçi işe başlamadan önce, iş veren işçinin yapacağı işin kendisinin sözleşmeden beklediği menfaatine faydalı olmayacağını düşünür ve kendisini sözleşme ile bağlı tutmak istemezse, işçinin para borcunun aynen ifasını talep hakkı olacak mıdır? Bu sorunun bir çok yerel hukuk düzeni tarafından olumsuz olarak yanıtlanıldığını ifade ettikten sonra (s. 294 v.d.) çeşitli hukuk düzenlerinde bu sorunun farklı ele alınmasının Prensiplerin sözleşmeler hukukunun uyumlaştırılması noktasında yerel hukuk düzenlemelerinin uygulamasının gerisinde kalacağını belirtmektedir.

edilebilmesi mümkün değildir ve para borcunun ifası kişisel bir hususiyet taşımamaktadır³⁹⁴.

Aynen ifanın hangi para cinsi ile yapılacağı hususu para borcunun ifasını düzenleyen PICC Art. 6.1.9 v.d daki maddelerde ifade edilmektedir.

PICC, Art. 7.2.2’de parasal olmayan borçların ifasında da Kıta Avrupa’sı geleneğini takip ederek aynen ifaya olanak tanımaktadır. CISG m.46’daki düzenleme ile paralellik arz eden bu düzenleme aynen ifayı mümkün kılmaktadır. Bununla birlikte bu durumun bazı istisnaları vardır.

Bu istisnalardan ilki, imkansızlıktır. İfanın fiilen veya kanunen imkansız olmasının aynen ifayı engelleyeceği mantıksal olarak ortadadır. Ayrıca, neredeyse bütün hukuk sistemlerinde imkansızlık kavramının bir karşılığı bulunmaktadır³⁹⁵. Prensipler açısından imkansızlık, CISG’de olduğu gibi, akdin kurulması esnasında mevcut olsa da sözleşmenin kurulması bundan etkilenmemektedir (PICC Art. 3.3). bunun gibi sözleşme, imkansızlığın önceden mevcut olması sonradan ortaya çıkması veya borçlunun kusuru ile ortaya çıkması durumlarından etkilenmemektedir³⁹⁶. Borçlunun bir tazminat ödeyip ödemeyeceği hususu Art. 7.1.7’deki sorumluluğu ortadan kaldıran halin mevcut olup olmamasına göre belirlenecektir.

Para borcundan başka borçlar açısından aynen ifa talebinin ikinci istisnası ise, ifanın, borçlunun makul olmayan/aşırı yük yükleyen(*burdensome*) gayret ve çabalarını gerektiriyor olmasıdır. Prensiplerin şerhinde, bu durum, sözleşmeyi çevreleyen koşulların, borçludan aynen ifanın talep edilmesinin iyiniyet kurallarınca

³⁹⁴ SCHWENZER, agm., s. 293.

³⁹⁵ İmkansızlık kavramı ile ilgili ayrıntılı bilgi için Bkz.; GORDLEY, J., “Impossibility and Changed and Unforeseen Circumstances”, 52 American Journal of Comparative Law (Summer 2004) pp. 513-530.

³⁹⁶ SCHWENZER, agm., s. 296.

beklenemeyecek kadar değişmiş olması ile açıklanmaktadır³⁹⁷. Aynen ifanın aşırı güçlüklerle yol açması durumunda talep edilemiyor olmasına yönelik yaklaşım Anglo-Amerikan hukukunun uygulamalarına bakıldığında anlaşılabilir. Buna göre, uzun vadeli ve sonuca doğrudan yönelmeyen sözleşmelerde *common law* mahkemeleri çoğu zaman aynen ifaya hükmetmemektedir. Bu tip durumlarda, uzun vadeli sözleşmeler açısından aynen ifa talebinin mümkün olmasının, kişileri bitmek tükenmek bilmeyen ihtilaflara sürükleyeceği kaygısı bulunmaktadır³⁹⁸. Bu tip durumlar *civil law* hukukçularına aşına gelmemekle beraber, aynen ifanın uzun vadeli sözleşmeler açısından mümkün olmadığına yönelik bu kural, reddedilmemektedir. Zira çoğu zaman iyi niyet kurallarının geniş işletilmesiyle bu tür durumlar çözümlenmektedir.

Uluslararası ticarete birçok mal ve hizmet standart niteliktedir. Yani aynı mal ve hizmet birçok sağlayıcı tarafından sunulabilmektedir. Bu tür edimlerin söz konusu olduğu sözleşmelerin ifa edilmemesi durumunda müşteriler aynen ifayı karşı taraftan sağlamak için zaman ve emek kaybetmek istemezler. Böyle durumlarda daha çok söz konusu malı veya hizmeti pazardan sağlar ve buna karşılık sözleşmeyi sona erdirerek karşı taraftan zararların tazminini talep ederler. Bu gibi alternatiflerin makul karşılandığı bir durumda aynen ifa açısından istisna yaratmayı amaçlayan PICC Art. 7.2.2.(c) alacaklının, “makul” olarak ifayı başka bir yerden elde edebilmesi koşulunu getirmektedir³⁹⁹. Bu durumda elbette alacaklının ifa konusu edimi başka bir kaynaktan makul bir şekilde elde etmesi mümkün olmayacaksa aynen ifayı talep hakkı bulunmaktadır. Burada aynen ifanın sınırlandığı durum ikame sözleşme yapma ile yakından ilgilidir.

³⁹⁷ PICC Resmi Şerhi, Art. 7.2.2 N 3.b.

³⁹⁸ SCWENZER, agm.,s. 297.; Yazar burada Mayıs 1997 yılında House of Lords tarafından verilen bir kararda aynen ifanın reddedilmiş olduğu bir davayı örnek göstermektedir. Buna göre, bir alışveriş merkezinin bünyesinde 35 yıllık kira sözleşmesi yapan dükkan sahibinin zararının çok olması nedeniyle sözleşmeyi sona erdirmek istemiş ve mahkeme bu durumda aynen ifanın makul olmayan bir güçlük yaratmakta olduğu gerekçesi ile aynen ifayı reddetmiştir.

³⁹⁹ SCHWENZER, agm. s. 298.; PICC Resmi Şerhi Art. 7.2.2 N 3.c.

Alacaklının aynen ifayı talep hakkına getirilen bir diğer istisna da ifanın tamamen şahsa bağlı bir nitelik göstermesidir (7.2.(2).(d)). İfanın tamamen şahsa bağlı bir nitelik göstermesi durumlarında alacaklının borçludan aynen ifayı talep etmesinin borçlunun özgürlük alanına müdahale olarak değerlendirilmesi mantığı ile bu düzenlemenin yapıldığı ifade edilmektedir⁴⁰⁰. Son olarak alacaklının ademi ifayı öğrenmesinden sonra makul bir süre içinde borçluyu aynen ifaya zorlamaması halinde aynen ifa talebinin artık mümkün olmayacağı düzenlenmiştir(7.2(2)(c)).

Borçlunun sözleşme gereğince kararlaştırılan borcunu ifa etmemesi anlamına gelen durumlarda öngörülen aynen ifa yaptırımının kapsamı Art.7.2.3’de düzenlenmektedir. Buna göre, “ifa hakkı, gerekli halde ayıplı ifanın tamirine, ikame edilmesine veya düzeltilmesine ilişkin tüm diğer yolları da kapsamaktadır.”

Aynen ifa açısından Prensiplerde dikkati çeken bir diğer husus ise, aynen ifaya hükmedildiği halde borcunu ifa etmeyen tarafa mahkeme tarafından bir para cezasının verilmesinin öngörülmüş olmasıdır⁴⁰¹ (Art. 7.2.4). PICC’nin bütünüyle maddi hukuka ilişkin hükümler içeriyor olmasına rağmen yasal cezayı öngörmesi birçok açıdan eleştiriye sebebiyet vermiştir⁴⁰².

Bütün bu bilgiler ışığında, PICC’nin, aynen ifaya yukarıdaki istisnalar çerçevesinde olanak tanıdığı durumların ulusal mahkemelerin kendi kuralları doğrultusunda takdir hakkını kullanmasına engel olduğu görülmektedir. Bu durumun aynen ifanın sadece istisnai bir yaptırım olarak kabul edildiği Anglo-Amerikan mahkemelerinin çözümleri ile bağdaşmadığı ortadadır. CISG m.28’de ulusal yaklaşım farklılıklarının gözetilerek *lex fori*’ye göndermede bulunan daha yumuşak

⁴⁰⁰ PICC Resmi Şerh, Art. 7.2.2 N 3.d

⁴⁰¹ SCHWENZER, agm., s. 302. Buradaki yasal ceza Fransız Hukukundaki *astreinte* kavramının bir uzantısı olarak gözükmektedir. Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için Bkz; VLAVIANOS George: “Specific Performance in the Civil Law: Mediating Between Inconsistent Principles Inherited From a Roman-Canonical Tradition via the French *Astreinte* and the Quebec Injunction”, 24 Rev. Gen. 1993, pp.517-553.

⁴⁰² Eleştirilerle ilgili bilgi için Bkz. SCHWENZER, agm. s.303.

bir çözüm benimsenmiş olduğunu yukarıda ifade etmiştik. Bu durumda *common law* mahkemelerinin aynen ifa konusunda yetkilerini sınırlandıran Prensipleri uygulamakta sıkıntı yaşayacağı tahmin edilebilir. Ancak tahkim kurullarının bu konuda Prensipleri uygulamaya yönelik tutum içinde olduğu da ifade edilmektedir⁴⁰³.

D) Fesih Hakkı

Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin İlkelerde taraflardan birinin borcunu ifa etmemesi halinde düzenlenen sonuçlar arasında, ifa etmemenin esaslı bir ademi ifa teşkil etmesi temel şartı altında sözleşmeyi sona erdirerek zararların tazmini veya sözleşmenin tasfiyesini talep etmek mümkündür. Art. 7.3.1 v.d.daki maddeler bu konuyu düzenlemektedir. Buna göre Art. 7.3.1(1)'de "Bir taraf diğer tarafın ademi ifası esaslı ise sözleşmeyi feshedebilir⁴⁰⁴" denmektedir. Bunun gibi, Art. 7.3.1 (2)'de esaslı ademi ifanın hangi durumlarda var olduğunun tespiti bakımından özellikle dikkate alınacak durumlar ifade edilmektedir: "(a) Borçlunun öngörmediği veya makul olarak bu sonucu öngöremediği durum hariç, ademi ifa alacaklıyı sözleşmeden beklediği haktan esaslı noktalarda mahrum bırakırsa; (b) Borcun kesin ifası sözleşmenin özünü oluştursa; (c) Ademi ifa kasıtlı veya dikkatsizce oluşursa; (d) Ademi ifa alacaklıya ileride sözleşmenin ifasına güvenemeyeceği inancını verirse; (e) Borçlu, fesih halinde sözleşmenin hazırlanması veya ifasından doğan aşırı bir kayba uğrar ise." Bu durumlarda esaslı ademi ifanın söz konusu olduğundan bahsedilecektir.

Bunun dışında gecikme halinde borçlu 7.1.5 de öngörülen sürede ifa etmezse alacaklının sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı vardır (Art. 7.3.1(3)).

Bu maddede düzenlenen sözleşmenin sona erdirilmesine ilişkin hükümler hem borçlunun ademi ifadan dolayı sorumlu tutulacağı hem de

⁴⁰³ SCHWENZER, agm., s.292 dn.22.

⁴⁰⁴ İngilizce metinde sona erdirmeye 'terminate' ifadesi geçmekle birlikte bu ifade Prof. Dr. Dayınlarlı tarafından fesih biçiminde tercüme edilmiştir. Bu nedenle Prensipler bakımından söz konusu olan sona erdirmeye fesih kavramını tam karşılamıyor olsa da fesih ifadesini kullanmayı tercih etmekteyiz.

tutulamayacağı(mazur görüldüğü) ve kendisinden aynen ifa ya da tazminatın talep edilemeyeceği haller için söz konusudur⁴⁰⁵.

Bu maddede sözleşmenin sona erdirilebilmesi için aranan temel koşulun tıpkı CISG’de olduğu gibi borçlunun ifa etmeme davranışının esaslı bir ademi ifa oluşturması olduğunu görüyoruz⁴⁰⁶. Burada esaslı bir ademi ifanın varlığından bahsedilecek haller örnek olarak sayılmaktadır. Bununla birlikte burada da esas mantık borçlunun öngörülebilirlik alanı içinde gerçekleşen ademi ifa sonucunda sözleşme ile tarafların beklediği menfaatten esaslı olarak yoksun kalıyor olmalarının aranacağı yönündedir.

PICC’nin ifa etmeme durumuna ilişkin hükümlerinin, sözleşmenin korunmasından yana bir yaklaşımı benimsiyor olmasının doğal bir sonucu olarak sözleşmenin sona erdirilmesi belirli ölçülerde sınırlandırılmaktadır. Bu yaklaşım ile aranan temel koruma, tarafların sözleşme ile elde etmeyi bekledikleri menfaatlerin sekteye uğramasından sonra nasıl yeniden tesis edileceklerinin araştırılmasıdır. Bu noktada şayet esaslı bir ifa etmeme durumu varsa, mesela; ifa o kadar gecikmiştir ya da ayıplıdır ki bundan zarar gören tarafın söz konusu ifayı amaçları doğrultusunda kullanması mümkün değilse bu durumda zarar gören tarafın sözleşmeyi sona erdirmesi mümkün olmalıdır. Bunun dışında Art.7.3.1(2) başlığı altında sayılan durumlar da ademi ifanın hangi durumlarda esaslı sayılacağına ilişkin göstergelerdir.

Sözleşmenin esaslı olarak ihlal edilmesinden başka, PICC Art. 7.3.3’e göre; vadeden önce bir taraf sözleşmeyi ifa etmeyeceğini açık bir biçimde ifade etmiş ise diğer tarafın sözleşmeyi fesih hakkı vardır. Bu madde, vadeden önce açıklanmış ve fakat gerçekleşmemiş ademi ifanın sanki gerçekleşmiş gibi muamele göreceğini ifade

⁴⁰⁵ PICC Resmi Şerhi, Art. 7.3.1 N.1.

⁴⁰⁶ Bu bağlamda CISG ve PICC’de kullanılan kavramlar farklılık arz etse de (-ilkinde *fundamental breach*, ikincisinde *fundamental non-performance*) ikisi de *Common Law* yaklaşımını yansıtan ve aynı anlama gelen kavramlardır.

etmektedir⁴⁰⁷. Burada, ifa etmemenin gerçekleşeceğine dair kesin bir bilgi aranmakta; buna yönelik bir şüphe yeterli görülmemektedir.

Diğer yandan karşı tarafın esaslı bir ademi ifada bulunacağına inanan âkit taraf, karşı taraftan ifanın gerçekleşeceğine yönelik yeterli miktarda teminat göstermesini talep edebilir ve bu arada kendi yükümlülüklerinin ifasını askıya alabilir. Makul bir sürede bu güvence verilmezse teminat isteyen taraf sözleşmeyi feshedebilir (PICC Art.7.3.4). Bu maddenin ifanın zamanında gerçekleşmeyeceğine ilişkin makul bir inancı bulunan tarafların ifaya yönelik menfaatlerini korumayı amaçladığı söylenebilir. Örneğin, A bir gemi yapıcısıdır ve sadece bir gemi yapabilecek imkana sahiptir, B ile en geç 1 Mayıs tarihinde teslim etmek üzere bir gemi yapımı sözleşmesi akdetmiştir. Çok geçmeden B, A'nın C ile de aynı tarihlerde bir gemi yapımı için anlaştığını öğrenir. Bu durumda söz konusu kurala dayanarak B A'dan kendisine ifanın gerçekleşeceğine dair bir teminata bulunmasını talep edebilir. Bu süre içinde kendi edimlerini de askıya alabileceği gibi, makul süre içinde yeterli miktarda teminat gösterilmezse sözleşmeyi feshedebilecektir⁴⁰⁸.

Sözleşmenin feshinin ileriye dönük etkileri olacağı, tarafları kendi yükümlülüklerini yerine getirmekten kurtaracağı PICC 7.3.5(1)'de ifade edilmektedir. Bunun yanında feshin, ademi ifa nedeniyle tazminat isteme hakkını ortadan kaldırmayacağı da hüküm altına alınmaktadır (Art. 7.3.5(2)). Sözleşmelerde öyle bazı hükümler olabilir ki birinci paragraftaki genel kuralın etkisi altında kalmaksızın sözleşmenin feshinden etkilenmeyebilir. Bunlar sözleşmeden doğan uyuşmazlıkların ne şekilde çözüleceğine ilişkin hükümler ve fesih halinde bile sonuç doğuracak hükümlerdir (Art. 7.3.5 (3))⁴⁰⁹.

⁴⁰⁷ PICC Resmi Şerhi, Art. 7.3.3

⁴⁰⁸ PICC Resmi Şerhi, Art. 7.3.4 N.2. III.

⁴⁰⁹ PICC Resmi Şerhi Art. 7.3.5 N 3.

E) Tazminat Talebi

PICC, Art. 7.1.4 ile, ademi ifa durumunda tarafların sahip olduğu tazminat hakkına yönelik genel ilkeyi belirtmektedir. Buna göre, herhangi bir ifa etmeme durumu, zarar gören tarafa diğerk yaptırımları tamamlayıcı olarak veya münhasıran ve Prensiplerde öngörölen istisnalar saklı kalmak kaydıyla tazminat hakkı tanır⁴¹⁰. Söz konusu istisnalar Art. 7.1.7’deki *force majeure* hali, ve 7.1.6’daki muafiyet anlaşması veya 6.2.1’deki öngörölemeyen haller olup bu hallerde kural olarak tazminat hakkı tanınmamaktadır⁴¹¹.

Bu madde diğerk başvuru yolları gibi, tazminatın da sadece ifa etmeme kaynaklanan bir başvuru yolu olduğunu ortaya koymaktadır. Zarar gören tarafın sadece ademi ifanın, yani kendisine verilen sözün bir biçimde yerine getirilmediğinin, varlığını ispat etmesi yeterli görölmektedir. Buna ek olarak özellikle ademi ifanın ifayı gerçekleştirmeyen tarafın kusurundan kaynaklanmakta olduğunun ispat edilmesi gerekmemektedir. Ademi ifayı ispat etmenin güçlüğü elbette sözleşmenin ve edimin türüne göre farklılık gösterecektir. Ancak bu noktada, yerine getirilmeyen edimin sözleşme ile amaçlanan sonucun karşılanmasıda belirleyici olup olmadığı önemlidir. Bu noktada ifa etmeme, asli veya tali ayırımına gerek olmaksızın, sözleşmeden doğan bütün yükümlölükler bakımından tazminat sonucunu doğurur.

Bunun yanı sıra tazminat diğerk başvuru yolları ile birleştirilebilir. Bu madde çerçevesinde, zarar gören taraf, tazminatı, münhasır bir talep olarak(örneğin; temerrüt durumunda ifanın geciktirilmesi veya alıcının ayıplı ifayı kabul etmiş olması gibi durumlarda) veya diğerk taleplerle birlikte, onların tamamlayıcısı olarak talep edilebilir. Nitekim, sözleşmenin feshi halinde bu fesih nedeniyle oluşan

⁴¹⁰ PICC Art. 7.1.4 *Right to damages* “Any non-performance gives the aggrieved party a right to damages either exclusively or in conjunction with any other remedies except where the non-performance is excused under these Principles.”

⁴¹¹ PICC Resmi Şerhi. Art. 7.1.4

zararların tazmin edilebileceği yine, aynen ifanın talep edilmesi durumunda geciken ifa nedeniyle ortaya çıkan zarar ve aynen ifanın her türlü maliyeti talep edilebilecektir.

Tazminat hakkı, sadece sözleşmenin ifa edilmemiş olması bağlamında ortaya çıkmayacak; sözleşme öncesi süreç bakımından da söz konusu olabilecektir. Örn; Art. 2.1.15'deki sözleşme görüşmelerinde kötü niyet⁴¹²; Art. 2.1.16'daki sır saklama yükümlülüğünün ihlal edilmesi veya Art.3.18'deki hata, hile ve zorlama durumlarında sözleşmenin iptal edilmesi durumlarında da tazminat ortaya çıkacaktır. Ademi ifa durumunda tazminatı öngören bu başlık altındaki (7.4) hükümlerin söz konusu durumlara (hata-hile-zorlama) da kıyas yolu ile uygulanabileceği ifade edilmektedir⁴¹³.

PICC'de tazmin edilecek zararın kapsamı belirlenirken, Art. 7.4.2,(1)'de alacaklının ademi ifanın yol açtığı zararın tamamını tazmin ettirme hakkına sahip olduğu ifade edilmektedir. Bu hüküm aynı paragrafta biraz daha açılarak, zararın alacaklının herhangi bir zararı veya masrafı önlemek için yaptığı masrafları veya ademi ifa dolayısıyla doğan kazancı da dikkate alınmak suretiyle uğradığı bütün kayıplar ve mahrum bırakıldığı kazançların ikisini birden içermekte olduğu düzenlenmiştir. İkinci paragrafta ise (2) zararın, parasal olmayabileceği ve örneğin fiziksel acıların veya duygusal sarsıntıların da zarar kapsamında değerlendirileceği ifade edilmiştir.

⁴¹² Sözleşme görüşmeleri aşamasında tarafların iyi niyetle karşılıklı bildirimde bulunma ve bilgi verme yükümlülüklerini düzenleyen culpa in contrahendo yükümlülüğünün bir görüntüsü olan PICC Art. 2.1.15'de kötü niyetin korunmadığını ve kötü niyetle müzakereleri sürdüren tarafın tazminata mahkum edileceği düzenlenmektedir. Culpa in contrahendo yükümlülüğü kökenleri Roma hukukuna dayansa da 19 yüzyıl Alman hukukçusu Rudolph von Ihering tarafından ortaya atılmış ve Kıta Avrupa'sı hukuk düzenlerinin çoğunun iyi niyet prensibi yanında kabul ettikleri sözleşme hukukuna ilişkin genel bir kural olarak benimsediği bir ilkedir. Bu konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için Bkz.; MIRMIA, Steven A.: "A Comparative Survey On Culpa in Contrahendo, Focusing on Its Origins in Roman Law, German and French Law as well as Its Application In American Law", 8. Conn. J. Int'l Law, 1992-1993, pp. 77-107.

⁴¹³ PICC Resmi Şerhi, Art. 7.4.1 N 3.

Bu maddenin birinci paragrafı, sözleşmenin ademi ifasından dolayı zarar gören tarafın tam olarak tazminata hakkı olduğu ilkesini belirtmektedir. Buna ek olarak zarar ve ademi ifa arasında illiyet bağı olması gerektiğine yönelik genel ilkeyi de ifade ettiği söylenmektedir⁴¹⁴.

Ulusal bazı yasal sistemlerde, mahkeme tarafından tazminat miktarının azaltılmasına imkan veren kurallar bulunsa da, uluslararası düzeyde bu tür bir çözümün yaratabileceği belirsizlikler ve uygulamanın bir ülkeden diğerine değişebilecek olmasından dolayı bu yöntemin tercih edilmediği ifade edilmektedir⁴¹⁵.

Tazminat, maruz kalınan zararlar ve mahrum kalınan kârın ikisini birden kapsamaktadır. Burada, uğranılan zarar kavramı geniş bir anlamda algılanmalıdır. Örneğin, zarar gören tarafın mal varlığında bir azalmaya veya sorumluluklarında bir artışa yol açması durumunda da uğranılan bir zarardan bahsedilebilir. Kâr kaybı ise, sözleşmenin gereği gibi ifa edilmiş olması halinde elde edilecek olan kazancı ifade eder.

Bununla birlikte, tazminatın alacaklının zenginleşmesine sebebiyet vermemesi gerektiği de ifade edilmektedir. Bu nedenle birinci paragrafta ifa etmemeden dolayı alacaklının elde etmiş olduğu menfaatlerin, bu menfaatler henüz ortaya çıkmamış bir harcamanın önlenmesi biçiminde de olsa, dikkate alınması gerekmektedir.

Örneğin, A, B'ye iki aylığına aylık, 1.000 €'ya bir kazı makinesi kiralar. Sözleşme kiraların B tarafından ödenmemesi nedeniyle altı ayın sonunda A tarafından feshedilir. Altı ay sonra da A aynı makineyi aylık 1.100 €'ya kiralamayı başarır. Birinci sözleşmenin sona erdirilmesinden dolayı ilk sözleşmeden kalan bir

⁴¹⁴ PICC Resmi Şerhi, Art. 7.4.1

⁴¹⁵ PICC Resmi Şerhi, Art. 7.4.1

yıl içinde A tarafından elde edilen 1.200 €'luk gelir A'nın B'den alacağı tazminattan düşürülmelidir⁴¹⁶.

İfa etmeme tazminatının kapsamını belirleme açısından Art.7.4.3(1) 'de tazminatın sadece makul bir kesinlik içinde ortaya konan zararlar için söz konusu olacağı düzenlenmektedir. Yine, bu zararlar gelecekte ortaya çıkacak zararlar da olabilir. Tazminat, bir ihtimalin gerçekleşmesi oranında söz konusu olabilir(Art. 7.3.4(2)). Zararın miktarı, yeterli bir kesinlikle ortaya konulamazsa, bu konuda mahkemenin takdir yetkisi vardır (Art.7.3.4(3)).

Bu madde, zararın kesinliğini ortaya koymayı amaçlamaktadır. Zira ifa etmeyen tarafın hiç ortaya çıkmamış veya çıkmayacak olan zararı tazmin etmesi beklenemez. Birinci paragraf, gelecekte ortaya çıkacak zararların tazminine de izin vermektedir. Buradaki zarar henüz oluşmamış olmakla birlikte yeterince kesin olmalıdır. İkinci paragraf ise, buna ek olarak bir şansın kaybını da zarar kavramı içinde değerlendirmektedir. Elbette burada söz konusu ihtimal, gerçekleşmesi oranında korunacaktır. Nitekim ulaşımdaki bir gecikme nedeniyle yarışa geç getirilen atın sahibinin söz konusu at, yarışın favorisi olarak gösterilse bile ödülün tamamını talep edemeyeceği söylenmektedir⁴¹⁷.

Zararın kesinliği, sadece zararın varlığını ortaya koymaz; kapsamını da belirler. Bazı zararların varlığı tartışma konusu yapılamaz ancak niceliklerinin tespiti güçlük arz edebilir (kişinin ününün zedelenmesi gibi). Buna göre, üçüncü paragraf, zararın miktarının yeterli bir derecede tespit edilemiyor olması durumunda mahkemenin tazminatı reddetmek veya sadece nominal zararlara hükmetmek yerine ortaya çıkan zararlarla ilgili olarak hakkaniyet ölçüsünde bir karar vermesi gerektiğini ifade etmektedir.

⁴¹⁶ Örnek için Bkz. PICC Resmi Şerhi, Art. 7.4.2 N 5.

⁴¹⁷ Örnek için Bkz. PICC Resmi Şerhi, Art.7.4.3 N 1.

Diğer taraftan, elbette zarar, ifa etmemenin doğrudan bir sonucu olmalıdır. Zararın kesinliği ile doğrudan ifa etmemenin neticesi olması arasında, yakın bir ilişki mevcuttur. Fazlasıyla dolaylı gözüken bir zararın kesinliğinden bahsedilemeyeceği gibi öngörülebilirliği de şüphe ile karşılanmaktadır. Bu nedenle Art.7.4.4 ademi ifadan dolayı borçlunun ancak öngörebildiği zararlardan dolayı sorumlu tutulacağına ilişkin genel ilkeyi benimsemektedir. Buradaki öngörülebilirlik sınırlandırması CISG m. 75’de benimsenen çözümün bir yansıması olup söz konusu başlık altında yapmış olduğumuz açıklamalar burada da geçerlidir.

PICC Art.7.4.5’de ve Art.7.4.6’da ise ademi ifa durumunda ortaya çıkan zararın belirlenmesi açısından öngörülen karineler mevcuttur. Buna göre, sözleşmeyi fesheden alacaklı, belli bir sürede ve makul tarzda ikame sözleşmesi yapabilir ve ilk sözleşmede öngörülen bedel ile ikame sözleşmesi bedeli arasındaki farkı, aynı şekilde tüm munzam zararını tazminat olarak alabilir. Yine, sözleşmeyi fesheden alacaklı ikame sözleşmesi yapmamışsa, mutabık kalınan edim için bir cari fiyat varsa, sözleşmede öngörülen fiyat ile fesih gününde cari olan fiyat arasındaki farkı diğer ilave zararlar için maddi tazminat dahil geri alabilecektir.

Bu durumu bir örnekle açıklayacak olursak, bir gemi tersanesi A, B’ye ait bir geminin kuru bir limanda tamir edilmesi işi için toplam 500.000\$ üzerinden ve işe 1 Haziran tarihinden itibaren başlamak üzere anlaşır. B bir süre sonra söz konusu limanın 1 Ağustostan itibaren müsait olacağını öğrenir ve sözleşmeyi fesheder. Gemisinin tamiri için de bir başka tersane ile 700.000\$’a anlaşır. Bu durumda A sadece aradaki 200.000\$’lık zararı değil, aynı zamanda geminin kullanımını geciktirmekten dolayı sebep olduğu zararı da tazmin etmek zorundadır⁴¹⁸.

Ademi ifanın ortaya çıkmasında zarar görenin davranışları da etkili olmuşsa zarara birlikte sebebiyet vermeden ötürü tazminatın miktarının indirilebileceği

⁴¹⁸ Örnek için Bkz. PICC Resmi Şerhi, Art. 7.4.5 N 2.

hususunda da PICC Art.7.4.7’de düzenlenmektedir. Buna göre, “bir olaya veya alacaklının bir ihmeline, veya riskini üstlendiği diğer bir olaya kısmen atfı kabil bir zararın gerçekleşmesine katkıları ölçüsünde ve tarafların kendi tutumları dikkate alınarak tazminat indirilir”,⁴¹⁹.

⁴¹⁹ PICC Art.7.4.7 Harm due in part to the aggrieved party: “Where the harm is due in part to an act or omission of the aggrieved party or to another event as to which that party bears the risk, the amount of damages shall be reduced to the extent that these factors have contributed to the harm, having regard to the conduct of each of the parties”.

III. AVRUPA SÖZLEŞMELER HUKUKUNUN İLKELERİ-PECL-'DE BORCUN İFA EDİLMEMESİNİN SONUÇLARI

A) PECL'nin Genel Yaklaşımı

Avrupa Sözleşmeler Hukukunun İlkelerinin sözleşmenin ifa edilmemesine yönelik temel yaklaşımı ele alınmadan önce, yukarıda incelemiş olduğumuz iki uyumlaştırma metninden farklı olarak bu kuralların Avrupa özel hukukunun yeknesaklaştırılmasına dönük çalışmaların başlangıç noktasına borçlar, özelde sözleşmeler hukukunu koymuş olduklarını hatırlatmakta fayda vardır. PECL, esasında Avrupa çapında ortak bir sözleşmeler hukukunu tesis etmeye yönelik kuralları içerir. Bununla birlikte, CISG ve PICC'den önemli ölçüde etkilenmiştir⁴²⁰. Özellikle, ikisinin de sözleşmeler hukuku alanında uyumlaştırma amacıyla hazırlanmış olmasından dolayı adeta PICC'nin bir uzantısı olarak nitelendirilebilir.

PECL'nin sözleşmelerin ifa edilmemesine ilişkin temel sistematigi diğer iki düzenlemede olduğu gibi yeknesak bir sözleşmeye aykırılık anlayışına dayanmaktadır⁴²¹. Yani borcun ifa edilmemesi diğer bir ifadeyle ademi ifa kavramı, sözleşmeden doğan her türlü borç (asli borçlar, yan edim yükümleri v.s.) için ve her türlü ifa etmeme davranışını (eksik, geç, ayıplı veya hiç ifa etmeme) kapsayacak bir anlam ifade eder⁴²². Yine borcun ifa edilmemesini kavramlaştırırken PICC'de olduğu gibi *non-performance* kavramı kullanılmaktadır.

Yine yeknesak sözleşmeye aykırılık anlayışının bir uzantısı olarak ifa etmemeden zarar gören tarafın sahip olduğu başvuru yolları ise, ademi ifanın esaslı

⁴²⁰ MEYER, Olaf: “*The UNIDROIT Principles and Their Impact on European Private Law*”; Unif. L. Rev., 2002, Vol.7, s. 1224.

⁴²¹ BASEDOW, Universal Doctrine, s. 492.; BONELL, Michael Joachim: “*The UNIDROIT Principles Of International Commercial Contracts and The Principles of European Contract Law: Similar Rules for Same Purposes?*”(Unidroit&PECL); Unif. L. Rev., 1996, Vol.1, s.236.

⁴²² LANDO/BEALE, Principles of European Contract Law parts I&II, Hague, 2000, s. 359.

olup olmamasına ve mazur görülebilir olup olmamasına göre belirlenmektedir. Bu şekilde, hareket noktası, ifa etmemeyi ayrıştırmaksızın; yani ifa etmemenin hangi davranıştan kaynaklandığını esas almadan, ifa etmemenin sonucunda zarar gören tarafın, ne derecede zarar gördüğü ve eski haline getirilmesinin en kısa, kolay ve makul yolunun araştırılması, bu araştırma yapılırken de ifa etmeme davranışının esaslı bir menfaat ihlaline yol açıp açmadığı noktasıdır.

Bununla birlikte PECL ifa etmeme durumunu iki temel başlık altında incelemektedir. PECL Bölüm 8’de ademi ifa genel olarak incelenmekte; bölüm 9’da ise ademi ifa durumunda özel başvuru yolları ele alınmaktadır.

PECL 8:101’e göre, “Bir taraf sözleşmeden doğan bir yükümlülüğünü yerine getirmezse ve bu yerine getirmeme Madde 8:108 hükmüne göre mazur görülemezse, zarara uğrayan taraf Bölüm 9’da öngörülen yollardan herhangi birine başvurabilir.⁴²³” Bu madde genel anlamı ile ifa etmemeden dolayı söz konusu olacak başvuru yollarını teminat altına almaktadır. Bu bağlamda yukarıda da belirtmiş olduğumuz üzere, ifa etmeme her türlü sözleşmesel yükümlülüğün (asli veya tali ayrımı yapılmaksızın) ihlal edilmesini ifade etmektedir. İfa etmeme sonucunda ortaya çıkan sonuçlar, ‘borçlu bakımından söz konusu olan başvuru yolları’ adı altında, söz konusu ifa etmeme davranışlarının mazur görülüp görülemeyeceğine dayanılarak ayrıma tabi tutulmuştur. Buna göre mazur görülemeyen ifa etmeme davranışları zarar gören tarafa, aynen ifa, tazminat, edimi askıya alma, sözleşmeyi sona erdirme ve fiyat indirimi hakkı tanımaktadır. Bu durum, alacaklı tarafından sözleşmenin ihlal edilmesi durumunda da söz konusu olmaktadır (Art:7:110,111).

⁴²³ PECL Art. 8:101.(1): “Whenever a party does not perform an obligation under the contract an the non-performance is not excused under Article 8:108, the aggrieved party may resort to any of the remedies set out in Chapter 9”.

Bunun dışında mazur görülebilen ifa etmeme durumları ise zarar gören tarafa, aynen ifa ve tazminat talepleri dışında 9. bölümde sayılan diğer hakları sağlamaktadır⁴²⁴.

İfa etmeme durumunun alacaklının kendi fiilinden dolayı ortaya çıkması halinde, 9. bölümde bahsedilen hakları kullanamayacağı hususu da düzenlenmiştir⁴²⁵. Bu durum için verilebilecek en tipik örnek alacaklı temerrüdüdür. Ancak bunun dışında bazı hallerde de alacaklının davranışları ademi ifa sonucuna etki edebilir. Örneğin, vermesi gereken bir bilgiyi eksik veya yanlış vermesi durumlarında ifanın eksik olmasına alacaklının fiili katkıda bulunmuştur. Alacaklının fiili ile ademi ifaya ne derecede etkili olduğu somut olaya göre değerlendirilecektir.

Sözleşmenin esaslı ihlali kavramı CISG ve PICC'de olduğu gibi burada da karşımıza çıkmaktadır. Ademi ifanın esaslı olmasının sonuçlarını düzenleyen Art.8:103'de "Sözleşmesel bir borcun ademi ifası eğer;(a) Borca sıkı sıkıya uyma, sözleşmenin esasını teşkil ederse; veya (b) Borçlunun bu sonucu öngöremediği veya haklı olarak öngöremediği durum dışında, ademi ifa alacaklıyı sözleşmeden beklediği haktan mahrum bırakırsa; veya (c) Ademi ifa kasıtlı olur ve alacaklıya diğer tarafın gelecekte ifasına güvenemeyeceği inancını verirse; esaslıdır."

Mevcut ifa etmeme veya beklenen bir ademi ifa esaslı ise, zarar gören taraf, diğer ademi ifa türlerinden daha geniş bir başvuru imkanına sahip olacaktır. Zarar gören taraf buna göre, gecikmiş ifa düzeltmesini reddedebilir (Art.8:104), sözleşmenin ifası için yeterli bir teminat talep edebilir (Art. 8:105) ya da sözleşmeyi sona erdirebilir (Art.9:301,302,304)⁴²⁶.

⁴²⁴ PECL Art 8:101(2) "Whenever a party's non-performance is excused under Article 8:108, the aggrieved party may resort to any of the remedies set out in Chapter 9 except claiming performance and damages".

⁴²⁵ PECL Art 8:101 (3) "A party may not resort to any of the remedies set out in Chapter 9 to the extent that his own act caused the other party's non-performance".

⁴²⁶ LANDO/BEALE, s. 364.

İfa Etmemenin esaslı olup olmadığını tespit hususunda getirilen kıstaslara bakıldığında, Art.8:103(a) ile ifa etmemenin esaslı sayılması için aranan unsur, sözleşme ihlalinin ağırlığı değil; taraflar arasındaki anlaşmaya sadık kalmanın esaslı olması ve bu yükümlülüklerden birinin ihlalinin, doğrudan sözleşmenin kökenine etki ediyor olması ve diğer tarafın sözleşme ile üstlendiği edimi yerine getirmekten affedilmesi sonucunu doğurması aranmaktadır. Buna yönelik ‘mutabakat’ sözleşmeden açıkça anlaşılabilceği gibi zımni olarak da anlaşılabilmelidir. Art 8:103(b) ise, ifaya yönelik edimin zorunluluğuna değil de ademi ifanın neticesinin ağırlığına bakmaktadır. Ademi ifanın sonucu zarar gören tarafı sözleşmeden olan beklentilerini sözleşmeyi ifa etmekteki menfaatini kaybedecek şekilde karşılamıyorsa genel olarak bu durumda ademi ifa esaslı sayılmaktadır. Ancak ademi ifada bulunan taraf ademi ifadan doğan bu sonucu öngörmemiş ve öngörebilecek de değilse bu durumda esaslı ademi ifadan bahsedilemeyecektir. Burada öngörülebilirlik ölçüsünün, makul düzeyde birisi aynı durumda olsaydı söz konusu sonucu öngörebilir miydi sorusuna göre belirlendiği ifade edilmektedir⁴²⁷.

Ademi ifa ile ihlal edilen sözleşmesel yükümlülük ikincil öneme sahip olsa veya ademi ifanın neticeleri zarar gören tarafın sözleşmesel beklentilerini önemli ölçüde etkilemiyor olsa bile, zarar gören taraf, ademi ifa eğer kasıtlı yapılmışsa ve borçlunun gelecek ifasına güvenilemiyorsa söz konusu ademi ifaya esaslı ademi ifa muamelesi yapabilecektir (Art.8:103(c))⁴²⁸.

PECL’nin sözleşmenin ifa edilmemesi hususunda yukarıda açıkladığımız uluslararası hukuk uyumlaştırması metinleri ile diğer ortak yanı da, sözleşmenin ifa edilmemesi durumunun düzeltilmesine imkan vermesidir (Art.8:104). Bu durum daha önce de belirtmiş olduğumuz üzere, sözleşmelerin devamlılığından yana bir

⁴²⁷ LANDO/BEALE, s. 365.

⁴²⁸ LANDO/BEALE, s. 366. Söz konusu madde, CISG ve PICC ile paralellik arz etmektedir. PICC Art.7.3.1(2)’de bu maddede de, belirtilen koşullar dahil, esaslı ademi ifanın varlığını tespit için bazı durumlar sayılmaktadır.

tutumun benimsendiğine işaret etmektedir. Buna göre, “Sunduğu ifası sözleşmeye uymadığı için diğer tarafça kabul edilmeyen âkit, ifa zamanı henüz dolmadan veya gecikme esaslı bir ademi ifa teşkil etmeden yeni ve sözleşmeye uygun bir ifa sunabilir”. Buradan da anlaşılabacağı üzere ifa zamanının sözleşmenin esaslı bir unsuru olması durumunda ademi ifanın düzeltilmesi mümkün değildir.

Bunun gibi, PECL PICC ile paralel olarak ifanın garanti altına alınması için de bir düzenleme yapmıştır. Art.8:105’e göre, “(1)Karşı tarafın esaslı bir ademi ifasının olacağına haklı olarak inanan taraf, gerekli ifa için uygun bir teminat isteyebilir ve bu arada haklı inancı devam ettiği sürece kendi yükümlülüklerinin ifasını askıya alabilir. (2) Bu teminat makul bir süre içinde temin edilmezse, onu talep eden taraf, diğer tarafın esaslı ademi ifasının hala devam edeceğine haklı olarak inanırsa, gecikmeksizin feshi ihbar etmek kaydıyla sözleşmeyi feshedebilir.”

İfanın alacaklı tarafından bir nevi garanti altına alınması anlamına gelen ve henüz ifa zamanı gelmeden başvurulabilecek bir yöntem olarak karşımıza çıkan 8:105’deki düzenleme taraflardan birinin karşı tarafın edimini ifa etmeyeceğine ilişkin makul gerekçelere dayanan bir kanaatinin varlığı halinde taraf menfaatlerini korumayı amaçlamaktadır. Bununla birlikte bu maddeyi Art.9:304 ile beraber değerlendirmekte fayda vardır. Buna göre, “Bir tarafça ifa için gereken zamandan önce, onun tarafından esaslı bir ademi ifanın olacağı açıkça belli ise, diğer taraf sözleşmeyi feshedebilir”. Bu iki madde bir arada düşünüldüğünde, taraflardan birinde, karşı tarafın edimini ifa etmeyeceğine yönelik makul gerekçelere dayanan bir kanaatin oluşması ilk durumu, ademi ifanın kanaatten öteye geçerek açıkça belli olması ikinci durumu ifade etmektedir. Bu iki maddede öngörülen çözümlerin de birbirinden farklı olduğunu görmek mümkündür. Zira ilk maddede ademi ifanın gerçekleşeceğine yönelik bir kanaat olduğundan doğrudan sözleşmenin feshi değil; zarar görecektir olan tarafın teminat talep etmesi, ancak teminatın süresi içinde

sağlanamaması halinde feshin söz konusu olması İlkelerin sözleşmenin devamlılığı anlayışı ile de uyum içindedir.

Bunun yanında ademi ifanın gerçekleşeceğine ilişkin artık kanaat aşamasından ileride gerek açık bir beyana dayanan gerekse olayın gidişinden anlaşılan ve kesinlik arz eden bir durum söz konusu ise artık zarar görecektarafın bile bile sözleşmeye devam etmesinde bir menfaati yoktur. Bu nedenle bu iki hüküm sözleşmeler hukuku açısından bir arada uygulanacak birbirlerini destekler nitelikte hükümlerdir. Bunun yanı sıra teminat talep eden tarafın teminat verilene kadar akit uyarınca ifa etmekle yükümlü olduğu edimlerinin ifasını askıya alma imkanı da bulunmaktadır.

PECL'nin borcun ifa edilmemesine ilişkin temel yaklaşımını anlayabilmek için üzerinde durulması gereken bir diğer husus ise, temelde sözleşmenin devamlılığından yana olan tutumu yansıtan borçluya ek süre verilmesi halinde bu ek sürenin ne anlama geldiği ve ne gibi sonuçları olduğunu düzenleyen Art.8:106'dır. Bu maddeye göre, “(1)Her ademi ifa halinde mağdur taraf diğer tarafa bir bildiriyle ifa için ilave süre verebilir. (2)Mağdur taraf ilave süre boyunca, kendi yükümlülüklerinin ifasını askıya alabilir ve tazminat isteyebilir fakat başka herhangi bir yola müracaat edemez. Eğer diğer taraftan bu süre içinde ifa etmeyeceğine dair bir bildiri alırsa veya bu süre sonunda gereken ifa yerine getirilmemişse, mağdur taraf Bölüm 9'da mevcut olan yollardan herhangi birine başvurabilir. (3) İfada esaslı olmayan bir gecikme halinde, mağdur taraf makul uzunlukta ilave bir süre tespit eden bir bildiri vermiş ise, bildiri süresinin sonunda sözleşmeye son verebilir. Mağdur taraf bildirisinde diğer taraf bildiriyle tespit edilen süre içinde ifayı yerine getirmemezse sözleşmenin kendiliğinden son bulacağını şart koşabilir. Belirtilen bu süre çok kısa ise, mağdur taraf sözleşmeyi feshedebilir veya duruma göre sadece bildiri anından belli bir süre geçtikten sonra sözleşme kendiliğinden son bulabilir.”

Bu madde, iki temel kuralı içermektedir. Öncelikle, zarar gören tarafın, sözleşmenin ademi ifasından hemen sonra sözleşmeyi sona erdirmeye imkanı varsa da, karşı tarafa ifayı kabul edeceğini bildirmişse, artık bildirimde bulunmaksızın fikrini değiştiremeyecektir. İkinci olarak ise, ifada gecikme olmuş; ancak bu gecikme esaslı bir ademi ifa teşkil etmiyorsa zarar gören taraf sözleşmeyi karşı tarafa makul bir bildirimde bulunduktan sonra sona erdirebilir⁴²⁹.

Bununla birlikte, bu madde yorumlanırken öncelikle iki durum göz önünde bulundurulmalıdır. İlk olarak, İlkelere göre, zarar gören tarafın ifa etmeme davranışında bulunan tarafı ademi ifadan dolayı sorumlu tutması için herhangi bir bildirimde bulunmasına gerek yoktur. İkinci olarak ise İlkelere göre, sözleşmenin sona erdirilmesi zarar gören tarafın iradesi ile oluşmaktadır; bir mahkemenin ya da hakemin müdahalesini gerektirmez. Ademi ifanın esaslı olması veya feshin diğer koşullarının gerçekleşmesi durumlarında zarar gören taraf fesih bildiriminde bulunarak sözleşmeyi sona erdirebilecektir⁴³⁰.

PECL'nin borcun ifa edilmemesi sorununa ilişkin getirdiği çözümleri anlayabilmek için son olarak üzerinde durulması gereken husus, borçlunun garanti sorumluluğunun hangi durumlarda sınırlandırıldığıdır. Bu hususta Art.8:108 yol gösterici olmaktadır. Buna göre “(1)Bir taraf, ademi ifasının kendi kontrolü dışında bir engel nedeniyle meydana geldiğini ve sözleşmenin akdi zamanında haklı olarak bu engeli öngöremediğini veya önleyemediğini veya engelin ve sonuçlarının üstesinden gelemediğini ispat ederse ademi ifası mazur görülür. (2)Engel sadece geçici ise engelin mevcut olduğu süre esnasında, bu maddede öngörülen mazeret kabul edilir. Bununla birlikte, gecikme, esaslı bir ademi ifa anlamına geliyorsa alacaklı onu böyle muameleye tutabilir. (3)İfayı yerine getirmeyen taraf ifa engelini ve onun kendi ifa kabiliyeti etkisini, bu hal ve şartları bildiği veya bilmesi gerektiği

⁴²⁹ LANDO/BEALE, s. 374.

⁴³⁰ LANDO/BEALE, s. 375.

makul bir süre içinde diğer tarafa bildirmek zorundadır. Diğer taraf böyle bir bildirinin yapılmamış olması nedeniyle meydana gelen herhangi bir zararın tazminini hak kazanır.”⁴³¹

Borçlunun ademi ifadan sorumluluğunun ne şekilde sınırlandırılacağını düzenleyen bu madde genellikle borcun ifa edilmemesi sonucuna yol açan tarafın sorumlu olmayacağı olaylardan bahsetmektedir. Bu madde, ifadesinden anlaşılacağı gibi dışardan gelen bir engelin ifayı önlediği durumlara uygulanır. Bu maddenin uygulanması zorunlu olmayıp taraflar ifanın imkansızlığına ilişkin riskleri, genel olarak veya özel engel türüne göre düzenleyebilirler.

Para borcunun ifası dahil, sözleşmeden doğan her türlü yükümlülük için yukarıda ifade edilen sınırlama söz konusu olacaktır. Engel-*impediment*- kavramı doğal olaylar üçüncü kişilerin eylemleri gibi her türlü olayı kapsamaktadır. Bu maddenin uygulanması için gerekli olan şartlar geleneksel anlamıyla *-force majeure-* için aranan koşullardır. Bunlar genel olarak uygulanacakları somut olaya göre çeşitlilik arz eder ve ademi ifada bulunan tarafın sorumluluktan kurtulabilmek için bu koşulların gerçekleşmesi gerektiğini ispat etmesi gerekir⁴³². Bu koşulların kapsamı maddenin lafzından da anlaşılacağı üzere, engelin, borçlunun hakimiyet alanının dışından kaynaklanması, sözleşmenin yapıldığı anda bu durumun öngörülemez olması, engelin önlenemez ve üstesinden gelinemez nitelikte olmasıdır⁴³³.

Ancak İlkelerde genel olarak kabul edilen garanti sorumluluğunun bir aşamada sınırlandırılmasının ne gibi sonuçlar doğuracağı hususuna değinmekte fayda vardır. Öncelikle ifaya ilişkin ortaya çıkan ve yukarıda ifade edilen koşulları karşılayan bir engel henüz edimini ifa etmemiş tarafı borçtan kurtarmaktadır. Bunun

⁴³¹ PECL Art 8:108.

⁴³² LANDO/BEALE, s. 379.

⁴³³ Bu koşullarla ilgili ayrıntılı bilgi yukarıda CISG ve PICC bağlamında verilmiş olduğundan burada tekrara düşmemek amacıyla ayrıntıya girilmemektedir. Bkz Yuk. IV.B7 ve IV.C.2.

yanı sıra, aynen ifa imkânsızlaşmakta ve herhangi bir tazminat da söz konusu olmamaktadır⁴³⁴. Diğer taraftan sözleşmenin sona ermesi hususu biraz daha karmaşık bir görünüm arz eder. Burada ortaya çıkan soru, sözleşmenin sona erdirilmesi için bildirimde bulunmanın gerekli olup olmadığı noktasındadır. Bu açıdan bakıldığında, tıpkı diğer ademi ifa hallerinde olduğu gibi sözleşmenin sona erdirilmesi için zarar gören tarafın yani alacaklının bir bildirimde bulunması gerekmektedir(Art.9:303). Bununla birlikte, zarar gören tarafa, karşı tarafın ifa etmesinin büsbütün imkansızlaştığı bir durumda sözleşmeyi devam ettirme olanağı vermek oldukça anlamsız olacaktır. Bu da göstermektedir ki böyle bir durumda sözleşmenin sona erdirilmesi için bir bildirim aranmamalıdır⁴³⁵.

Ne var ki, engel, sözleşmede üstlenilen asli edimlerden veya tali edimlerden birini kısmi olarak etkilemekteyse bu durumda alacaklıya sözleşmeyi devam ettirmek veya sona erdirmek konusunda bir hak tanınması gerektiği ifade edilmektedir⁴³⁶. Bu seçenek ise bu maddeden ziyade genel kurallara dayandırılmaktadır. O da sözleşmenin feshinin “ademi ifanın esaslı olması” koşuluna bağlı olduğu hususudur. Zarar gören taraf yine de sözleşmenin mazur görülebilen engel tarafından etkilenmeyen kısmı ile devamını talep ederse, halen mümkün olan edimlerin ifasını isteyebilecektir. Bu durumda elbette kendi ediminin imkansızlaşan edime tekabül eden kısmı semenin tenzili hükümlerine göre(Art.9:401) indirilecektir.

Öngörülemeyen ve önlenemeyen engellerin geçici olmasının, sadece bu süre bakımından borçluyu mazur göstereceğine ilişkin düzenlemenin yorumlanmasında ise engelin ortaya çıktığı süreden, sonuçlarının ortadan kalktığı süreye kadar borçlunun mazur görüleceği ifade edilmektedir⁴³⁷. Bu durumda gecikmiş ifanın alacaklı bakımından anlamını kaybettiği durumlarda gecikmiş ifanın esaslı bir ademi

⁴³⁴ LANDO/BEALE, s. 381.

⁴³⁵ LANDO/BEALE, s. 381.

⁴³⁶ LANDO/BEALE, s. 382.

⁴³⁷ LANDO/BEALE, s. 382.

ifa anlamına geldiği düşünölebileceğinden sözleşmenin sona erdirilmesi mümkün olacaktır. Bunun gibi, geçici bir engelin ortaya çıkması halinde alacaklı hakkaniyet gereği Art.8:106(2) ‘de öngörölen şekilde süre verebilecektir.

PECL düzenlemesinin borcun ifa edilmemesi hususundaki genel yaklaşımını kısaca açıkladıktan sonra İlkelerde öngörölen başvuru yollarını sırasıyla ele alalım.

B) Aynen İfayı Talep Hakkı

Sözleşmenin ademi ifası durumunda alacaklıya tanınan hakların başında aynen ifanın talebine yönelik hak gelmektedir. Yukarıda çeşitli vesilelerle açıklamış olduğumuz gibi borçlunun sözleşme ile üstlenmiş olduğu edimin sözleşmenin ihlalinden sonra da talep edilebilir olduğu durumlarda borçluya aynen ifa yükümlölüğü getirilmesi Kıta Avrupa’sı hukuk çevresi ile *Common Law* hukuk çevresini birbirinden ayıran en önemli farklılıktır. Bu anlamda çalışmamızda konu etmiş olduğumuz diğer hukuk uyumlaştırması metinlerinde olduğu gibi PECL’de de aynen ifa hakkı tanınmaktadır. Yine, PICC ile benzer bir şekilde para borcunun ifası ile konusu paradan başka olan şeylerin aynen ifası arasında bir ayrım yapılarak düzenleme yapılmıştır. Buna göre Art.9:101’de para borcunun aynen ifası düzenlenmiş, 9:102’de de para dışındaki edimlerin aynen ifası düzenlenmiştir.

Art.9:101’e göre, “(1) Alacaklı, alacağı olan parayı elde etme hakkını haizdir. (2) Alacaklı henüz kendi yükümlölüğünü yerine getirmemiş ise ve borçlunun ifayı almayacağı açıkça belli ise, alacaklı buna rağmen kendi ifasını yerine getirme işlemini yürütebilir ve sözleşme gereğince borçlu olunan herhangi bir bedeli (a) Çok gayret sarf etmeden veya masraf yapmadan makul bir ikame müzakeresi yapmadıkça veya (b) Hal ve şartlarda ifa gayrı makul olmadıkça, tahsil ettirebilir.” Bu düzenleme ile paragraf (1)’in de işaret ettiği üzere, kural olarak konusu para olan edimlerin ifası her zaman mümkün olabilmektedir. Bu bağlamda para edimi, ödemenin şekli veya

miktarına bakılmaksızın her türlü parasal yükümlülüktür. Hatta, tali nitelikteki borçlar bakımından söz konusu olan parasal edimleri, faiz ödemesi ve zararın tazmini için belirlenen bir miktar para dahil, kapsamaktadır. Ancak ilkeler bakımından para borcunun ifa edilmesi için onun alacaklı tarafından kazanılmış bir edim olması gerektiği ifade edilmektedir. Şayet para borcu alacaklının ifasının borçlu tarafından geri çevrilmesi neticesinde henüz tahakkuk etmemişse o takdirde aynen ifa söz konusu olamayacaktır⁴³⁸. Bu durum ise paragraf (2)'de düzenlenen durumdur.

Paragraf (2)'de düzenlenen kuralın altında yatan temel yaklaşım açıktır. Ahde vefa ilkesi gereğince alacaklı kendi edimini ifa etmek ve bunun karşılığında ücrete hak kazanmaktadır. Bununla birlikte iki durum istisna kabul edilmiştir:

i) Kendisi çok gayret sarf etmeden veya masraf yapmadan makul şekilde bir ikame sözleşme yapabilecek ise alacaklının borçlunun ifayı kabul etmeyen iradesine rağmen ifaya devam etmesinde ve buna karşılık ücret talep etmesinde bir menfaat yoktur. Bu nedenle şayet ikame sözleşme makul bir şekilde aşırı gayret sarf etmeden veya masrafa girmeden yapılabiliriyorsa alacaklı ikame sözleşmesi ile devam etmeli bu durumda aynen ifa talebinde de bulunamamalıdır. Bunun yerine sözleşmeyi sona erdirmeli ikame sözleşme ile devam edecekse Art.9:506 gereğince esas sözleşme fiyatı ile ikame sözleşmesi fiyatı arasındaki fark ile bunun dışında kalan munzam zararlarını talep edebilmelidir⁴³⁹. Alacaklının makul şartlarda ikame sözleşme yapabilmesi bu paragraf altında iki temel durumda söz konusu olabilir. Birincisi, alacaklı makul şekilde ikame sözleşmesi yapabilir çünkü kendi edimi için

⁴³⁸ LANDO/BEALE, s. 391.

⁴³⁹ PECL Art.9:506 “Mağdur taraf sözleşmeyi fesheder ve makul bir zaman içinde ve makul bir biçimde ikame sözleşmesi yaparsa, esas sözleşme fiyatı ile ikame sözleşmesi fiyatı arasındaki fark ile aynı şekilde bu kısım altında istenebilecek olan diğer munzam zararların tazminini isteyebilir.”

bir piyasa söz konusudur. İkincisi ise ikame sözleşme alacaklıyı kayda değer bir zahmete ya da masrafa sokmadığı zaman makul sayılabilecektir⁴⁴⁰.

Yukarıdaki düzenlemeye bakıldığında, alacaklının ikame sözleşmeyi makul şartlar altında yapabiliyor olmasının borçlunun ifayı kabul etmemesi durumunda sözleşmeye devam etmekte ısrar etmesini makul bulmadığı görülecektir. Bu durum İlkelerin uluslararası ticaretin koşulları düşünüldüğünde hızlı işleyen bu sistem içinde en uygun çözüm olarak gözükmektedir.

ii) Paragraf (2)(a)'da bahsedilen durum ise daha farklı bir durumdur. Burada, alacaklı tarafından yapılacak olan ifa makul bulunmamaktadır. Bu duruma gösterilen bir örnek, ifa başlamadan önce borçlunun alacaklı tarafından yapılacak olan ifayı artık istemediğini belirtmesi olup daha çok, uzun süreli sözleşmeler ve inşaat sözleşmeleri bakımından ortaya çıkmaktadır⁴⁴¹.

Bu paragrafta zikredilen istisnaların en önemli sonucu aynen ifanın talep edilememesidir. Ancak, Art.9:103 gereğince ademi ifadan doğan zararların tazmin edilmesi her zaman mümkündür.

Alacaklının aynen ifayı talep hakkı bakımından parasal olmayan borçlar için PECL Art.9:102'de "(1) Ayıplı bir ifanın düzeltilmesi dahil, mağdur taraf paradan başka bir borcun aynen ifasını isteme hakkını haizdir. (2) Bununla birlikte, (a) İfa hukuka aykırı veya imkansız ise; veya (b) İfa borçlu için makul olmayan gayret ve masrafa sebep oluyorsa; veya (c) İfa şahsi hizmet veya çalışmayı içeriyorsa veya şahsi ilişkilere dayanıyorsa; veya (d) Mağdur taraf ifayı başka bir kaynaktan makul olarak temin edebiliyorsa, aynen ifa talep edilemez. (3) Mağdur taraf, ademi ifayı öğrendiği veya öğrenmiş olması gerektiği andan sonra, makul bir süre içinde aynen ifayı talep etmezse aynen ifa hakkını kaybeder." şeklinde bir düzenleme yapılmıştır.

⁴⁴⁰ LANDO/BEALE, s. 392.

⁴⁴¹ LANDO/BEALE, s. 393.

Düzenlemeden açıkça anlaşılacağı üzere, paradan başka edimler bakımından da aynen ifa söz konusu olacaktır. Bu düzenlemede, aynen ifanın sağlanması açısından, maddenin yorumlanmasında düzenlemenin zarar gören tarafa aynen ifanın mahkeme yolu ile sağlanması açısından bir hakkı da öngördüğü ifade edilmektedir⁴⁴².

Paradan başka edimler açısından aynen ifayı talep üç durumda söz konusu olabilir. Birincisi, ademi ifada bulunan tarafça ifanın hiç yapılmamış olması, ikincisi, sözleşme ile uyum içinde olmayan bir edimin ifa edilmiş ve fakat zarar gören tarafça uygun biçimde geri çevrilmiş olması, üçüncüsü ise, uygun olmayan-ayıplı ifanın zarar gören tarafça geçerli biçimde reddedilmiş olması halleridir. Bununla birlikte aynen ifa hakkı dört temel istisnaya(a-d) ve özel bir zaman sınırlamasına(3) maruz kalacaktır.

Aynen ifaya yönelik başvuru yolunun *Common Law* geleneği tarafından istisnai bir başvuru yolu olarak benimsenmiş olduğunu; buna karşılık *Civil Law* geleneğinde olağan bir başvuru yolu olduğunu daha önce ifade etmiştik. Bu durumda hukuk uyumlaştırması metinlerinin bu iki büyük hukuk çevresini uzlaştıracı bir yöntem izlediğini de ifade edebiliriz. Zira burada da görüldüğü üzere aynen ifa hakkı kural olarak kabul edilmiş olmakla birlikte sözleşmesel menfaatler ve bunların arasındaki denge gözetilerek aynen ifa hakkının da sınırlanması gerektiği kabul edilmiştir. Çalışmamızda incelediğimiz diğer hukuk uyumlaştırması metinlerinde olduğu gibi, bu sınırlamanın aynen ifanın imkansız veya hukuka aykırı olması⁴⁴³; aynen ifanın ademi ifada bulunan taraf açısından aşırı bir zorlamayı veya masrafı

⁴⁴² LANDO/BEALE, s. 394.

⁴⁴³ Sözleşme ile üstlenilen edimin konusunun imkansız veya hukuka aykırı olması sözleşmeyi hükümsüz kılmamakla birlikte ifasının imkansız ve hukuka aykırı olması durumlarında borçlunun aynen ifaya zorlanamayacağı düşünülmektedir. Bir sözleşme ile kararlaştırılan edimin hukuka aykırı olması sözleşmeyi hükümsüz kılmamaktadır ancak sözleşmenin uygulanacağı hukuk düzeninde hukuka aykırı olması onun ademi ifasından dolayı karşı tarafın aynen ifayı talep edememesi neticesini doğurur. LANDO/BEALE, s. 396.

gerektirmesi⁴⁴⁴; sözleşmenin şahsi bir nitelik arz etmesinden dolayı aynen ifanın kişisel bir zorlamayı ve özgürlüğün kısıtlanmasını beraberinde getirmesi; ikame sözleşme yapılabiliyor olması⁴⁴⁵ gibi durumlarda aynen ifanın talep edilemeyeceği düzenlenmiştir⁴⁴⁶.

Bunun yanı sıra, parasal olmayan bir borcun aynen ifasına ilişkin talebin makul bir süre içinde borçluya iletilmesi gerekmektedir. Bu hükümle ifa etmeme davranışında bulunan tarafın, kendisine geç ulaşan aynen ifa talebinden dolayı mağdur olması önlenerek bir denge kurulması amaçlanmaktadır. Burada makul sürenin uzunluğu somut sözleşmeye göre belirlenecek bir durumdur. Aynen ifaya ilişkin istisnaların en belirgin yasal sonucu aynen ifanın talep edilemiyor olması durumunda tazminat talebi her zaman mümkün olmasıdır (Art. 9:103).

C) Fesih Hakkı

Borçlunun borcunu ifa etmemesi durumunda alacaklıya sözleşmeyi sona erdirmeye imkanının verilip verilmemesi, bu konuda çatışan bir takım düşüncelerin nasıl değerlendirildiğine bağlıdır. Bir taraftan, zarar gören taraf sözleşmeyi sona erdirmek için geniş imkanlara sahip olmak istemektedir. Zarar gören taraf, kendisine yapılan ifanın, başlangıçta kararlaştırılanın tamamen dışında olması ve amacına hizmet etmiyor olması veya ifada ortaya çıkan gecikmenin, alacaklının sözleşmeden beklediği faydayı hiç elde edememesine yol açması gibi durumlarda sözleşmeyi feshetmek istemekte oldukça haklıdır. Bazı durumlarda, borçlunun ne ifa yapacak ne de zararı karşılayacak maddi gücünün kalmadığı durumlar gibi, sözleşmenin sona

⁴⁴⁴ Örneğin, A, B'ye kendi yatını satmış ve B'nin ikametgahında teslim etmeyi üstlenmiştir. Yol üstünde A'nın yatı bir kazada 200 m. Derinlikte batmıştır. Yatın bu derinlikten çıkarılması kendi değerinin dört katı bir maliyeti gerektirmektedir. Bu durumda A'nın aynen ifasını talep etmek aşırı bir güçlük oluşturacağından yersiz olacaktır. LANDO/BEALE, s. 396, III.3.

⁴⁴⁵ Örn; A, B'ye, sıradan nitelikte ve özel bir değere sahip olmayan bir miktar sandalye satar. A, teslim etmeyi reddeder ve B'nin sözleşme konusu sandalyeleri ekstra bir zahmete katlanmadan başka bir yerden satın alabileceğini ispat ederse artık B aynen ifayı talep edemeyecektir. LANDO/BEALE, s. 398, III.8.

⁴⁴⁶ Bkz. Yuk.

erdirilmesi alacaklının menfaatlerini en iyi koruyan yöntemdir⁴⁴⁷. Bunun dışında bazı daha az ciddi durumlarda da alacaklı sözleşmeyi sona erdirmek isteyebilir. Örneğin, borçlunun edimini ifa etmeyeceğine yönelik bir kanaati oluşmuşsa, sözleşmenin sona erdirileceğine ilişkin başvuru yolu, borçlunun borcunu ifa etmesinde itici bir kuvvet olacağı gibi alacaklıyı da rahatlatan bir durum olacaktır.

Diğer taraftan, ifanın mevcut olduğu ancak gereği gibi yerine getirilmediği durumlar bakımından yapılan bir ifa masrafı olacak ve sözleşmenin sona erdirilmesi gibi durumlarda bu, tamamen boşa gidecektir. Semen tenzili veya ayıbın giderilmesi gibi imkanların söz konusu olduğu durumlarda, bu yaptırımlar zarar görenin menfaatlerini karşılamakta olduğundan, sözleşmenin sona erdirilmesi gerekmemektedir. Bu nedenlerle, sözleşmenin sona erdirilmesi için esaslı bir ademi ifanın bulunması gerektiğine ilişkin önkoşul, söz konusu dengeyi sağlamak açısından oldukça önemlidir.

PECL Art.9:301, bu anlamda, sözleşmenin feshi için esaslı bir ademi ifanın bulunması gerektiğini ifade etmektedir. Bunun yanı sıra ifada gecikmenin esaslı bir ademi ifa anlamına gelmediği durumlar bakımından Art.8:106(3)'teki düzenleme, ek süre verilmesi koşuluna bağlı olarak da sözleşmeyi sona erdirmeye imkanını tanımaktadır⁴⁴⁸.

Buna göre, sözleşmenin feshi, kural olarak karşı tarafa fesih bildiriminde bulunmakla, mümkün olabilecektir. Buna karşılık, bir mahkeme kararı veya müdahalesine gerek bulunmamaktadır.

Bununla birlikte, Art.8:106(3) gereğince, ifada ortaya çıkan bir gecikme, esaslı bir ifa etmeme teşkil etmiyorsa zarar gören taraf makul bir şekilde ek süre

⁴⁴⁷ LANDO/BEALE, s. 409.

⁴⁴⁸ PECL Art. 9:301 “(1) Bir taraf, diğer tarafın ademi ifası esaslı ise sözleşmeyi feshedebilir.(2)Gecikme halinde, mağdur taraf da aynı şekilde Madde 8:106(3) hükmüne göre sözleşmeyi feshedebilir.”

verebilecektir. Bu ek sürenin dolması anında borçlu halen ifada bulunmamışsa, zarar gören taraf, sözleşmeyi feshedilmiş olarak kabul edebilecektir. Aynı kural, ademi ifada bulunan tarafın bu ek süre içinde ifada bulunmayacağını beyan etmesi durumunda da uygulanacaktır⁴⁴⁹.

Kısımlar halinde ifa edilecek olan edimlerde bir bölüme ilişkin olan mukabil eda yerine getirilmezse, burada bir esaslı ifa etmeme mevcut olur; alacaklı, bu kısmın ilgili bölüme ilişkin olarak kendisine tanıdığı veya sunduğu kısmi feshetme hakkını kullanabilir. Eğer ademi ifa sözleşmenin tümüne göre esaslı ise, ancak o zaman, sözleşmenin tümünü feshedebilir (Art. 9:302). Bu maddenin yorumunda, sözleşmenin bölünebilir olup olmamasına göre bir ayırım yapıldığı dikkati çekmektedir. Buna göre, sözleşmedeki edimlerin her biri bir karşı edime tekabül ediyor ve karşılık olarak (ücret) da bölünebiliyorsa sözleşmenin bölünebilir bir sözleşme olduğu ifade edilmektedir. Bu gibi sözleşmeler açısından kısmi fesih söz konusu olabilecektir.

Ademi ifadan dolayı alacaklının sözleşmeyi fesih hakkını, feshe ilişkin beyanda bulunarak kullanabileceğini ifade etmiştik. Bu fesih beyanının nasıl yapılması gerektiği hususunda Art.9:303'de "(1)Bir tarafın sözleşmeyi feshetme hakkı diğer tarafa yapılan bir ihbar ile kullanılır." denmektedir. Bununla birlikte "alacaklı ademi ifayı bilmesi veya bilmesi gerektiği zamandan itibaren makul bir süre içinde ihbar etmedikçe sözleşmeyi feshetme hakkını kaybeder." Alacaklının akdin feshedildiği hususunu karşı tarafa bildirmesi hakkaniyet gereğidir. Ademi ifada bulunan tarafın mal ve hizmetlere ilişkin gerekli ayarlamaları yapması gerekmektedir. Zarar gören tarafın ifayı kabul edip etmeyeceğine ilişkin belirsizlikten doğan zarar, zarar gören tarafın ifayı bildirmekle katlanacağı zahmete eş değer değildir⁴⁵⁰. Bunun

⁴⁴⁹ LANDO/BEALE, s. 410.

⁴⁵⁰ LANDO/BEALE, s. 414.

gibi, bildirim açık bir beyan biçiminde olabileceği gibi, gecikmiş, eksik, yanlış(alıud) veya ayıplı ifanın reddedilmesi şeklinde de olabilecektir.

Fesih bildiriminin aynı zamanda makul bir süre içinde yapılması gerekmektedir. Bu makul süre alacaklının ademi ifayı öğrendiği veya öğrenmesi gerektiği tarihten itibaren başlayacaktır. Bu koşullar karşılanmamışsa alacaklı fesih hakkını kaybedecektir. Makul sürenin ne olduğu somut olaya göre değişecektir. Örneğin zarar gören tarafın kendisine yapılan ifanın kendisi açısından hala kullanılabilir olup olmadığını değerlendirmek için yeterli bir zamanının olması gerektiği ifade edilmektedir⁴⁵¹.

Diğer taraftan, ifa vadesinde sunulmamış ise, alacaklı teklif yapılmadan önce fesih ihbarında bulunmak zorunda değildir. Alacaklı gecikmiş ifa teklifi halinde, ifa teklifini öğrendiği veya öğrenmesi gerektiği tarihten itibaren makul bir süre içinde ihbar etmemiş ise sözleşmeyi fesih hakkını kaybeder. Bununla birlikte, eğer ihbar etmemişse alacaklı, borçlunun ifayı makul bir süre içinde hala sunma niyetinde olduğunu biliyor veya bilmesi için sebebi de varsa ve haksız biçimde diğer tarafa ifayı kabul etmeyeceğine dair ihbarda bulunmamış ise, diğer taraf gerçekten makul zaman içinde ifayı sunarsa alacaklı, fesih hakkını kaybedecektir⁴⁵².

Eğer taraflar tam ve devamlı bir engel nedeniyle Art.8:108 uyarınca mazur görülebiliyorlarsa, sözleşme kendiliğinden ve engelin doğduğu anda ihbara gerek kalmadan sona ermiş olur. Bunun yanında sözleşmenin ihbara gerek kalmaksızın sona ereceğine ilişkin bir diğer düzenleme de Art.8:106(3) gereğince tanınan ek süre sonunda ifanın halen yapılmamış olması durumudur⁴⁵³.

⁴⁵¹ LANDO/BEALE, s. 414.

⁴⁵² PECL Art. 9:303 (3(a)(b)).

⁴⁵³ LANDO/BEALE, s. 415.

Sözleşmenin feshinin genel sonuçları, Art.9:305’de düzenlenmiştir. Buna göre sözleşmenin feshi, her iki tarafın ilerideki ifayı yerine getirme ve kabul etme yükümlülüğünü ortadan kaldırır fakat 9:306 ila 9:308 Maddeleri saklı kalmak üzere, tarafların fesih zamanına kadar meydana gelen hak ve sorumluluklarına etkili olmaz.

Ancak fesih Art.9:305(2) uyarınca, ihtilafların halledilmesi için sözleşmede yer alan herhangi bir hükmü veya fesihten sonra bile hüküm tesis edecek diğer tüm maddeleri etkilemez.

D) Bedelin İndirilmesini Talep Hakkı

Sözleşmenin ifa edilmemesi durumunda öngörülen başvuru yollarından biri de PECL’ye göre kendisine yapılan sözleşmeye uygun olmayan bir ifa teklifini kabul eden alacaklının bedeli indirebilmesidir (Art.9:401). Bu indirim, teklif anındaki ifa değeri ile o anda uygun bir ifa teklifinin değeri arasındaki farkla orantılıdır. Buna göre fiyat indiriminde bulunmaya hakkı olan taraf bundan önce indirilmiş fiyattan daha fazla bir ödeme yaptıysa bu fazlalığı geri talep edebilecektir(Art.9:401(2)).

Bu başvuru yolu, ifanın sözleşmede kararlaştırılan koşullara, nicelik nitelik ve diğer bakımlardan uygun olmadığı hallerde uygulama alanı bulacaktır. Aynı zamanda bu başvuru yolu, tazminata ve borçlunun ademi ifadan mazur görüldüğü hallere alternatif olarak uygulandığı şeklinde yorumlanmaktadır ⁴⁵⁴ . Bedelde yapılacak indirim elbette, ifanın, alacaklı açısından ne kadar değer kaybı yarattığına bağlıdır.

⁴⁵⁴ LANDO/BEALE, s. 430.

İfa etmeme davranışının mazur görüldüğü haller açısından dahi bedelin indirilmesi yoluna başvurmak mümkündür. Zira ademi ifanın mazur görüldüğü hallerde istisna bırakılan başvuru yolları aynen ifa ve tazminattır⁴⁵⁵.

Zarar gören taraf, bedel indirimi hakkını ifadan önce kendi ifasını askıya alarak yapabileceği gibi, edimini ifa ettikten sonra fazla yaptığı ödemeleri geri alarak da yapabilir.

Ayrıca bedel indirimine ilişkin başvuru yolu ve söz konusu uygun olmayan ifadan dolayı uğranan zararın tazmini bir arada bulunamayacaktır. Zarar gören taraf, bedel indiriminde bulunmuşsa ayrıca, eksik ifa dolayısıyla uğradığı zararı talep edemeyecektir. Bu nedenle bu iki başvuru yolu birleştirilemez. Ne var ki, munzam zararların bu kapsamda düşünülmesi söz konusu değildir⁴⁵⁶.

E) Tazminat Talebi

Sözleşmenin ifa edilmemesi nedeniyle zarar gören tarafın, söz konusu zararlarının tazmin edilmesi ademi ifa hukukunun en çok kabul gören genel prensibidir. Bu nedenle PECL zarar gören tarafın, mazur görülemeyen ademi ifa nedeniyle uğramış olduğu zararların tazmin edileceği hususunu benimsemiştir (Art.9:501). Taraflardan birinin yükümlülüğü kararlaştırılan bir neticenin yerine getirilmesi ise, bunu gerçekleştirememesi kusurlu olup olmadığına bakılmaksızın zarar gören taraf tazminat talebinde bulunabilecektir. Buradaki tek sınırlandırma, sözleşmenin ifa edilmemesinin mazur görülebilen gerekçelere dayanıp dayanmadığıdır. Şayet taraflardan birinin sözleşme ile üstlendiği edim sonucu garanti

⁴⁵⁵ Örneğin, Marsilya’da bulunan S, Londra’daki B’ye 20 adet hastane röntgen aleti satmayı taahhüt etmiştir. Röntgen aletlerinin ihracatına ilişkin getirilen bir ihracat kotasından dolayı S ancak 15 makinenin teslimatını yapabilmıştır. S’nin buradaki ademi ifası Art.8:108 uyarınca mazur görülebilecek niteliktedir. Ancak 15 makinelik B teslimatı kabul etmeye karar verirse %25’lik bir fiyat indirimine hak kazanmaktadır. LANDO/BEALE, s.431, III.3.

⁴⁵⁶ LANDO/BEALE, s.431.

etmemekte sadece, belirli bir davranışı ve özeni kapsamakta ise ancak bu davranışın yerine getirilmemesi durumunda borçlu sorumlu tutulabilecektir⁴⁵⁷.

Alacaklının tazminat talebinde bulunması borçlu tarafından gerçekleştirilen bütün ifa etmeme durumları bakımından söz konusudur. Bunun gibi tazminat, parasal olmayan zararlar ve makul olarak ileride meydana gelebilecek zararları kapsamaktadır(Art.9:501(2)). Tazminatın miktarı ise genel olarak, sözleşmenin gereği gibi ifa edilmiş olması halinde zarar gören taraf hangi durumda olacaktı ise o miktar kadar olacaktır. Bu şekilde tazminat zarar gören tarafın katlandığı zararı ve mahrum kaldığı karı kapsar (Art. 9:502).

Burada korunmaya çalışılan menfaat sözleşmeden beklenen menfaattir. Bu menfaat satım veya hizmet sözleşmeleri açısından sözleşme fiyatı ile piyasa fiyatı arasındaki farka göre hesaplanmaktadır. Ancak zarar gören tarafın ikame sözleşme yapması durumunda zarar gören taraf ikame sözleşme ile asıl sözleşme fiyatı arasındaki farkı talep edebilecektir⁴⁵⁸.

Diğer taraftan ademi ifada bulunan taraf, sözleşmenin akdi esnasında ademi ifanın sonuçlarına ilişkin öngördüğü veya makul surette öngörebileceği zararlardan sorumlu tutulacak olup bu durumda ademi ifanın kasıt veya ağır ihmal neticesinde meydana gelmesi istisna tutulmuştur (Art.9:503). Burada öngörülebilir olması beklenen durum ademi ifanın sonuçlarıdır. Ancak bu madde kusur ve ağır ihmal durumunu öngörülebilirlik sınırlamasının dışında tutmaktadır. Ademi ifada bulunan tarafın kusurlu olması veya ağır ihmal neticesinde ademi ifanın ortaya çıkması durumlarında öngörülebilir olup olmadığına bakılmaksızın tazminat söz konusu olacaktır.

⁴⁵⁷ Örneğin; A B'nin evine dışarıdaki hava 0 derecenin altına inmediği zaman 22 derecede ısı sağlayacak bir merkezi ısıtma sistemi kurmayı taahhüt etmektedir. A sistemi kurar ve fakat gösterdiği bütün dikkate ve özene rağmen azami sıcaklık 18 derecede kalır. Bu durumda A zararlardan sorumlu tutulacaktır. Zira burada sonucu garanti etmektedir. LANDO/BEALE, s.434 III.1.

⁴⁵⁸ LANDO/BEALE, s. 438.

Öngörülebilirlik sınırlaması elbette her koşulda tazminatın söz konusu olacağına ilişkin düzenlemenin tarafların menfaatlerini dengeleyecek şekilde sınırlanması anlamına gelmesi bakımından önemlidir. Bu anlamda ağır ihmal ve kusur değerlendirmesi de bu sınırlama ile ilişkili olarak düşünülmelidir.

Ayrıca borçlu, alacaklının ademi ifaya veya onun sonuçlarına iştirak ettiği ölçüde alacaklının uğradığı zarardan sorumlu olmayacaktır (Art.9:504). Bu düzenlemede alacaklının zarara katılması durumunda hakkaniyet gereğince katıldığı oranda borçluyu tazminat yükümlülüğünden kurtarması söz konusudur. Bunun gibi borçlu lehine netice doğuran bir diğer düzenleme de alacaklının ademi ifa zararını makul olarak azaltabileceği durumların öngörülmüş olmasıdır. Buna göre, ifayı yerine getirmeyen taraf artık, alacaklı tarafın makul olarak tedbir alsaydı azaltabileceği zararlardan sorumlu olmayacaktır. Mağdur taraf, zararı azaltmak için yaptığı girişimler sebebiyle meydana gelen masraflarını isteme hakkına sahiptir (Art.9:505).

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA BORCUN İFA EDİLMEMESİNE BAĞLANAN SONUÇLAR

§ 5.TÜRK BORÇLAR KANUNU ÇERÇEVESİNDE BORCUN İFA EDİLMEMESİNE BAĞLANAN SONUÇLAR

Bu bölüme kadar hukuk uyumlaştırması faaliyetleri ve bu uyumlaştırmada önemli yer işgal eden metinler bağlamında, borçlar hukukunun önemli konularından birisi olan borçlunun borcunu ifa etmemesi durumu ve buna bağlanan hukuki sonuçları ele almış bulunmaktayız. Bu bölümde ise, geçen yüzyılın başından beri uluslararası planda hukuk camiasının iştiğal konularından birisi olan uyumlaştırma faaliyetleri ışığında, Türk-İsviçre hukukundaki düzenlemeleri yeniden okumayı amaçlamaktayız. Bir karşılaştırmalı hukuk çalışması olmayı hedefleyen bu araştırmada, diğer araştırmalarda olduğu gibi kuşkusuz araştırmacının mensup olduğu hukuk çevresi ve daha da özelde kendi hukuk sistemi ayrı bir öneme sahiptir. Zira araştırmacı, karşılaştırılacak diğer hukuk düzenlerini incelerken kavramlara kendi hukuk düzeninin tanımları perspektifinden hareketle yaklaşmaktadır. Bu anlamda, incelenen hukuki metinlerin özellikle uyumlaştırma faaliyetleri çerçevesinde ülkemiz hukuk düzeni üzerinde, mevcut veya gelecekteki etkilerini anlayabilmek açısından Borçlar Kanunu sistematüğini genel olarak ele almak çalışmayı sonuçlandırmak bakımından oldukça önemlidir. Bununla birlikte Borçlar Kanunu düzenlemelerinin ayrıntılarına girmek ve bu ayrıntılarla ilgili soyut tartışmaları ifade etmek ise, çalışmamızın sınırlarını aşacaktır.

Türk Borçlar Kanununun, borcun ifa edilmemesi hususundaki temel yaklaşımını sözleşmesel borçlar bakımından genel hatları ile ortaya koymayı amaçlamaktayız.

I. TÜRK BORÇLAR KANUNUNDA BORCUN İFA EDİLMEMESİ ANLAMINA GELEN DURUMLAR

Borç hiç ifa edilmemiş veya gereği gibi ifa edilmemiş ya da ifasında gecikilmiş ise geniş anlamıyla borcun ifa edilmemesi, diğer bir deyişle “borca aykırılık” söz konusudur⁴⁵⁹. ‘Borca aykırılık’ ile de ifade edilen ‘borcun ifa edilmemesi’ kavramı, Borçlar Kanununda 96-108. maddeler arasında “Borçların Ödenmemesinin Neticeleri” başlığı altında düzenlenmiştir.

Borçlar Kanunun 96. maddesiyle başlayan ikinci faslın başlığı “Borç İlişkisinin İfa Edilmemesinin Sonuçları”dır⁴⁶⁰. Borcun ifa edilmemesi anlamına gelen durumlar konusunda Borçlar Kanununda açık bir sistematik öngörmek yerine, m.96’da borcun ifa edilmemesinden dolayı borçlunun mesuliyeti genel olarak ifade edilmiştir. Bu genel düzenlemede ise “alacaklı, hakkını kısmen veya tamamen istifa edemediği takdirde borçlu kendisine hiçbir kusurun isnat edilemeyeceğini ispat etmedikçe bundan mütevellit zararı tazmine mecburdur” denilmektedir. Maddede borçlunun borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi durumunda, alacaklının ifaya olan menfaatinin karşılanması amaçlanmaktadır. Maddede borçlunun kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe borca aykırılık nedeniyle alacaklının uğradığı zararı gidermekle yükümlü olduğu belirtilmektedir.

Borçlar Kanunumuzun 96-100. maddelerinde dar anlamda “borcun ifa edilmemesi” ve bundan doğan zararlardan borçlunun sorumluluğu düzenlenmiştir. BK m.96’daki dar anlamıyla “borcun ifa edilmemesi” kavramı, borcun ifasının borçlunun kusuruyla imkansızlaşması halini ve borcun gereği gibi ifa edilmemesi

⁴⁵⁹ REİSOĞLU, Safa: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 1995, s. 265.

⁴⁶⁰ İkinci faslın başlığı ile 96. maddenin kenar başlığında “borç” kelimesi kullanılmış olmakla birlikte bundan amaç “borç ilişkisi” dir. Ayrıca bu faslın başlığı “Borçların ödenmemesinin neticeleri” adını taşımaktadır. Ödeme kelimesinin yalnız para borçlarının ifasında söz konusu olması dolayısıyla bir şeyin veya hizmetin ifasına ilişkin borçlarda söz konusu olmayacağı düşünülerek “ödeme” kelimesi yerine “ifa” kelimesinin kullanılması gerektiği doktrinde ileri sürülmektedir. Bkz. EREN, s. 986, dn. 1’den naklen.

durumunu kapsar. Borcun ifasında gecikme “borçlunun temerrüdü” ve buna bağlı hukuki sonuçlar ise BK.m.101 ve devamında ayrıca düzenlenmiştir⁴⁶¹.

Bu fasılda borç ilişkilerinin ihlal türü olarak başlıca iki durum ele alınmıştır. Bunlar, “borcun ifa edilmemesi” ve “borcun vaktinde ifa edilmemesi” yani “borçlunun temerrüdü”dür. Borcun ifa edilmemesi de kendi içinde “kusurlu imkansızlık nedeniyle ifa etmeme” ve “gereği gibi ifa etmeme” şeklinde ikiye ayrılabilir. Gereği gibi ifa etmeme kavramının bir üst kavram olduğu ve kötü ifa ile yan yükümlerin ihlalini kapsayacağı söylenmektedir. Bu şekilde borcun ifa edilmemesinin doktrin tarafından ana hatları ile üçe ayrıldığını söylemek mümkündür. Bunlar: kusurlu imkansızlık, gereği gibi ifa etmeme ve temerrüttür⁴⁶².

Borcun ifasının borçlunun kusuru ile imkansız hale gelmesi, akdin kurulması esnasında ifası mümkün olan bir edimin, sonradan borcun muaccel olmasından önce veya sonra ifasının borçluya isnadı kabil bir sebeple özellikle borçlunun kusuru ile borçlu bakımından devamlı ve kesin olarak imkansız hale gelmesini ifade eder⁴⁶³.

İfa imkansızlığından borçlunun sorumluluğu prensip itibariyle kusuruna bağlıdır. Fakat, kanun borçlu aleyhine bir kusur karinesi kabul etmiştir. Ancak borçlu kusursuzluğunu ispat ederek karineyi çürütürse, sorumluluk için gerekli kusur şartının bulunmadığı ve imkansızlıktan borçlunun sorumlu olmadığı anlaşılır⁴⁶⁴.

Serozan’a göre ise, borçlunun sonraki ifa imkansızlığından ötürü sorumluluğu gerçek anlamda bir kusur sorumluluğu değildir, çok daha geniş boyutlu ağır bir sorumluluktur. Çünkü kanun kusursuzluğu ispat yükünü borçluya yüklemiştir. Bu sebeple, borçlu aleyhine kusur karinesi, onun aynı zamanda yardımcılarının zarar verici eylemlerinden ötürü kusursuz olarak ve on yıllık zamanaşımı süresi boyunca

⁴⁶¹ EREN, s. 985; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 851; OĞUZMAN/ÖZ, s.283.

⁴⁶² EREN, s. 986; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 851; OĞUZMAN/ÖZ, s.283.

⁴⁶³ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 907, OĞUZMAN/ÖZ, s. 293.

⁴⁶⁴ OĞUZMAN/ÖZ s.301

sorumlu tutulması ile birlikte, alacaklı için sözleşme sorumluluğunu haksız fiil sorumluluğundan daha avantajlı kılan başlıca etmenlerdendir⁴⁶⁵

Sonraki ifa imkansızlığının hukuki sonucu, borçlunun ifa imkansızlığı yüzünden oluşmuş tüm zararı gidermek zorunda olmasıdır.

Çalışmamıza konu edindiğimiz uyumlaştırma metinlerine bakıldığında borçlunun kusuru nedeniyle borç ilişkisinin kurulmasından sonra ortaya çıkan ifa imkansızlığının ayrı bir durum olarak değerlendirilmediği görülecektir. Bununla beraber borç konusu edimin sözleşmenin kurulması aşamasında imkansız olmasının borç ilişkisinin kurulmasına engel teşkil etmediği yani konusu imkansız olan bir edimin BK m. 20’de olduğu gibi butlana yol açmadığını tekrar etmekte fayda vardır. Yine söz konusu metinlerde kusursuz sorumluluk ilkesinin benimsenmiş olduğu hatırlandığında edimin imkansızlaşması durumunda borçlunun sorumlu olacağı kural olarak kabul edilmiştir.

Söz konusu metinlerde imkansızlık durumunun Türk-İsviçre hukuku perspektifinden bakıldığında nerede durduğunu anlayabilmek için borçlunun sorumluluktan kurtulması hallerine bakmak gerekmektedir. Örneğin CISG m. 79 uyarınca tarafların sorumluluktan kurtulabilmeleri öngörülebilirlik kriterinin yönlendirmesi ışığında borçlunun hakimiyet sahasının dışından gelen önlenemez bir engelle borcun ifa edilememesi halinin borçluyu sorumluluktan kurtardığı düzenlenmektedir. O halde ifa imkansızlığının bu şartları taşımayan hallerde söz konusu olmasının borçluyu sorumluluktan kurtarmayacağını söylemek mümkündür. Bir adım daha ileri giderek, Türk-İsviçre hukukunda mevcut olan ve borcun ifasının imkansızlaşması ile ifa güçlüğü arasındaki kesin ayırmalamanın söz konusu metinler bakımından söz konusu olmadığını söylemek mümkündür.

⁴⁶⁵ SEROZAN, İfa Engelleri, s. 146.

Borçlar Kanunu m.101-106 arasında borçlunun temerrüdü ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiş ancak bir tanım verilmemiştir. Borçlu temerrüdüne ilişkin yapılmaya çalışılan tanımlar genellikle onu diğer ifa etmeme hallerinden ayıran özelliklere bakılarak yapılmaktadır⁴⁶⁶.

Buna göre “*Borçlu temerrüdü, borçlunun mümkün ve muaccel bir edimi zamanında ifa etmeyerek ifada gecikmesi nedeniyle alacaklının ihtarına maruz kalması ile gerçekleşen sorumluluk sebebi*” olarak tanımlanmaktadır⁴⁶⁷. Bu tanıma bakıldığında temerrüdün söz konusu olabilmesi için borcun muaccel olması, borçlunun buna rağmen henüz ifayı gerçekleştirmemiş olması, bu gecikmeye rağmen ifanın mümkün olması ve alacaklının kendisine sunulacak ifayı kabule hazır olması aranmaktadır.

Karşılaştırmalı hukuk metinlerine bakıldığında borçlunun temerrüdü bağlamında birkaç hususun ön plana çıktığı görülebilecektir. Örneğin, PICC art. 7.1.5, taraflardan birinin edimini ifa etmiş olması ve fakat diğerinin ifasının gecikmesi halinde ifa eden tarafın karşı tarafa ek süre verebileceği düzenlenmektedir. Bu düzenleme CISG m. 47 de de karşımıza çıkar. Bu düzenlemenin yapılmasında temerrüt halinin diğer ifa etmeme durumlarından farklı algılanmasının etkisi olduğu söylenmektedir. Buna göre geç ifa hali hiçbir yaptırımla eski hale döndürülemeyecek bir durumdur. Ancak taraflar çoğu zaman gecikmiş ifayı ifanın hiç olmaması durumuna tercih ederler. Bu nedenle ek süre verilmesinin yolu açık tutulmalıdır. Temerrüt durumunda uğranılan zararın ise gerek faiz gerekse tazminat yolu ile karşılanması her zaman mümkündür.

⁴⁶⁶ Bkz. BOVAY, H: Temerrüdün Esasları, (Esence de la demeure Lausanne 1934), Çev. İmre Z., İHFM, C.XII 1946.

⁴⁶⁷ AKKANAT, H: “İfada Gecikme ve Borçlu Temerrüdü”, K. Oğuzman Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 6, BARLAS, N: Para borçlarının ifasında borçlunun temerrüdü açısından düzenlenen genel sonuçlar, İstanbul, 1992. s. 15. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 911.

II. BORCUN İFA EDİLMEMESİNE BAĞLANAN SONUÇLAR

Türk hukuk düzeni, borcunu ifa etmeyen borçluya karşı alacaklıya alacağını elde etmek hususunda başlıca üç imkan tanımıştır. Bunlar, aynen ifa, tazminat davası ve sözleşmeden dönmedir⁴⁶⁸.

Bununla birlikte borcun ifa edilmemesi hallerinin çeşidine göre sonuçları da değişmektedir. İfa imkansızlaşmışsa veya borç kötü ifa edilmişse bunun sonucu, bu yüzden doğan zararı borçlunun tazmin yükümlülüğünün doğması yani alacaklının zararının tazminini talep ve dava edebilmesidir. Belli bir edimin ifasının söz konusu olmadığı sadece özen ve koruma yükümlülüğünden ibaret borç ilişkilerinde de yalnızca bu yükümü ihlal halinde uğranılan zararın tazmini talebi gerekecektir. Buna karşılık, borcun konusu belli bir edim ve ifası da mümkün oldukça, alacaklı gecikmiş ifayı talep ve dava etmek ve bu şekilde edimi elde etmek imkanına sahiptir. Temerrüt karşılıklı akitlerde ortaya çıkarsa, kanun alacaklıya, gecikmiş ifa ve gecikme tazminatı istemeden vazgeçip borcun ifası yerine tazminat isteme veya sözleşmeden dönme haklarını da tanımaktadır.

A) Aynen İfa

Borçlunun borcunu ifa etmediği durumlarda alacaklının muaccel ve mümkün olan bir borcun ifasının her zaman talep ve dava edilebileceği yukarıda da ifa edilmişti⁴⁶⁹. Borçlar Kanununda aynen ifa talebine sadece iki tarafa borç yükleyen akitlerde borçlu temerrüdü dolayısıyla temas edilmişse de, alacaklının ifayı talep ve dava hakkının, mümkün olan her ifa bakımından mevcut olduğu kabul edilmektedir⁴⁷⁰. Bu anlamda Borçlar Kanunu, Kıta Avrupa'sının aynen ifayı borcun ifa edilmediği durumlarda birincil başvuru yolu olarak kabul etmesi yaklaşımını yansıtmaktadır.

⁴⁶⁸ EREN, s. 986; OĞUZMAN/ÖZ, s. 317.

⁴⁶⁹ Bkz. yuk. s

⁴⁷⁰ EREN, s. 986; OĞUZMAN/ÖZ, s. 318.

Borçluyu aynen ifaya zorlamak, alacaklının kendi gücü ile olmayacak ve modern hukukun da benimsediği üzere, ifaya zorlamak, devlet gücünün temsil edildiği resmi organlar vasıtası ile olacaktır. Bu nedenle ifa bir dava vasıtası ile mümkün olmaktadır. İfa davasının Usul ve İcra Hukukunu ilgilendireceği düşüncesi ile Borçlar Kanunu İfa davasını düzenlememektedir.

Aynen ifa her şeyden önce alacağın muaccel olması ve edimin de imkansız olmamasına bağlıdır. Verme borçlarına ilişkin aynen ifa BK 106/I ve II de borçlunun temerrüdü halinde açık olarak hükme bağlanmıştır. Ancak verme borçları yanında yapma ve yapmama borçlarında da edim imkansızlaşmamışsa aynen ifa istenebilecektir. Borçlunun kusurlu olmaması aynen ifayı ortadan kaldırmaz.

Aynen ifanın talep edilebilmesi kural olarak mümkün ve muaccel tüm borçlar için söz konusu olsa da Kıta Avrupa'sı Hukuk düzenlerinde ve yukarıda incelemiş olduğumuz Uluslar arası düzenlemelerde olduğu gibi Türk Hukukunda da bazı durumlar için sınırlandırılmıştır. Buna göre, Türk Hukukunda alacaklının ifa mümkün oldukça ifayı talep edebilmesinin iki yönde istisnası vardır.

Tarafların anlaşması veya bir kanun hükmünün alacaklıya ifa yerine tazminat isteme veya sözleşmeden dönme hakkını tanımış olması durumunda alacaklı isterse ifayı talep edebilecek isterse kendisine tanınan hakları kullanacaktır. Bu hak kanun tarafından iki tarafa borç yükleyen akitlerde borçlu temerrüdü bağlamında tanınmıştır.

Bazı hallerde de alacaklının aynen ifa yerine tazminatla yetinmesi dürüstlük kuralı gereğince mecburiyet olarak karşımıza çıkar. Maddi bakımdan mümkün olmakla birlikte ifanın borçludan talep edilmesini beklemek dürüstlük kuralına (MK m. 2) aykırı düştüğü takdirde sanki ifa imkansızlaşmış gibi ancak tazminat talep edilebilecektir.

Bunun gibi ifa yerine tazminat hakkının borçluya sözleşme ile veya kanunla tanınmış olduğu durumlarda borçlu tazminat talebi hakkını kullanmışsa artık aynen ifayı talep etmesi söz konusu olmayacaktır.

Ayrıca akitten doğan bazı yan edim yükümlülüklerinin ifa edilmemiş olması halinde aynen ifanın söz konusu olmayacağı bunun yerine asli borcun kötü ifası nedeniyle tazminat talep edilebileceği söylenmektedir⁴⁷¹.

Yapma ve yapmama borçları bakımından aynen ifa konusu BK m.97 de hükme bağlanmıştır. Buna göre yapma ve yapmama borçları bakımından aynen ifanın söz konusu olmadığı ileri sürüldüğü gibi⁴⁷² borcun alacaklı tarafından veya bir üçüncü şahıs tarafından yerine getirilmesinin aynen ifa sayılacağını ileri sürenler de olmuştur⁴⁷³. Buna göre BK m. 97/I'e göre alacaklı borçlunun borcunu ifa etmemesi halinde borçlunun bir şeyin yapılmasına dair borcun masrafları borçluya ait olmak üzere kendisi tarafından yerine getirilmesine hakimın izin vermesini isteyebilir. İİK m. 30'da ise alacaklının, ifası gerçekleştirilmeyen borcun üçüncü kişi tarafından yerine getirilmesini hakimden isteyebileceği düzenlenmiştir. Burada söz konusu olan yapma borcu kural olarak iş görme edimlerine ilişkindir. Özellikle hizmet ve istisna sözleşmelerinde durum böyledir. Bu nedenle borçlanılan ve ifa edilmeyen edim, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir iş görme edimi niteliğindeyse bu, yalnız borçlu tarafından yerine getirilebileceğinden bunun alacaklı veya üçüncü kişi tarafından ifası mümkün değildir.

Bunun gibi alacaklı 97/III'e göre yapmama borçlarında borçlunun buna aykırı hareket etmesinden doğan hukuka aykırı durumun kaldırılmasını da hakimden isteyebilir. Hukuka aykırı durumun ortadan kaldırılması, bunun masraflarının borçluya yüklenmesine yönelik tedbirler nitelikleri itibariyle cebri icra tedbirleridir.

⁴⁷¹ EREN, s. 987; OĞUZMAN/ÖZ, s. 320.

⁴⁷² EREN, s. 992.

⁴⁷³ OĞUZMAN/ÖZ, s. 322.

Bunların yerine getirilmesi alacaklı tarafından alınacak bir mahkeme kararına gerek gösterir. Yapmama borçlarının yerine getirilmemesinin bir imkansızlık oluşturacağı da düşünülmektedir⁴⁷⁴. Buna örnek olarak bir imalat sırrının açıklanmamasına ilişkin sır saklama yükümlüğü gösterilmektedir. Bu yükümlülüğü yerine getirmeyen kimse, bu sırrı açıklamışsa bir açıklamama borcu imkansızlaşmış olacaktır. Buna rağmen, BK m. 97/I hükmünde olduğu gibi BK m. 97/II hükmünü de ifaya zorlama hükmü olarak gören baskın görüş, yapmama borçları ile ilgili olarak da ifa davası açılabileceğini ileri sürmektedir⁴⁷⁵

B) Tazminat

Borçlar Kanunun 96. maddesi, “Alacaklı, hakkını kısmen veya tamamen istifa edemediği takdirde borçlu kendisine hiçbir kusurun isnat edilemeyeceğini ispat etmedikçe bundan mütevellit zararı tazmine mecburdur” hükmü ile genel olarak borcun ifa edilmemesine tazminat sonucunu bağlamaktadır.

Buna göre, ‘alacaklının hakkını kısmen veya tamamen istifa edememesi’ ibaresinden borcun hiç ifa edilmemiş veya gereği gibi ifa edilmemiş olması ve borçlunun bundan bir zarara uğramış olması anlaşılmaktadır. Borcun hiç ifa edilmemiş olması, ifanın imkansızlaşması anlamında gereği gibi ifa etmeme de borcun kötü ifa edilmiş olması veya sözleşme öncesi görüşmelerde kusurlu davranma⁴⁷⁶ anlamında kullanılmaktadır.

Borçlar Kanunu m. 96, borçlu aleyhine aksini her zaman ispat edebileceği bir kusur karinesi koymuştur. Buna göre, borçlu, borcun ifa edilmemesinde kendisine hiçbir kusur yüklenemeyeceğini ispat ederse tazminat borcundan kurtulur.

⁴⁷⁴ OĞUZMAN/ÖZ, s. 323.

⁴⁷⁵ EREN, s.992.

⁴⁷⁶ OĞUZMAN/ÖZ, s. 325.

Borçlunun kusuru nedeniyle borcun ifa edilememesi durumlarının hepsinin alacaklı için zarar verici bir olay teşkil ettiği söylenemez. Bu nedenle, tazminatın söz konusu olabilmesi için borcun hiç ifa edilmemiş olmasından veya gereği gibi ifa edilmemiş olmasından dolayı alacaklı bir zarara uğramış olmalıdır.

Tazmini gereken zararın kapsamı ve niteliği konusunda BK m. 96 ve devamındaki hükümlerde ayrıntılı açıklamalara yer verilmemiş olsa da BK m. 98, borçlunun sorumluluğunu düzenlerken haksız fiillere ilişkin hükümlere göndermede bulunmuştur. Çoğu zaman, borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi alacaklıya zarar vermektedir. Söz konusu zararın durumlara göre sınıflandırılması doktrin tarafından yapılmaktadır. Buna göre Türk hukukunda zararı açıklamak için kullanılan bazı ayrımlar bulunmaktadır.

Bunlardan ilki, müspet zarar-menfi zarar ayrımı olup, alacaklının, borcun ifasındaki menfaatinin gerçekleşmemesi yüzünden uğradığı zararı ifade eder. Menfi zarar ise, hüküm ifade ettiğine güvenilen bir akdin hüküm ifade etmemesi veya gerçekleşeceğine güvenilen bir akdin gerçekleşmemesi yüzünden uğranılan zarardır. Yani güvenen kimsenin, akdin hüküm ifade etmemesi veya akdin gerçekleşmemesi halinde malvarlığının aldığı durum ile, bu olay hiç cereyan etmese idi malvarlığının arz edeceği durum arasındaki fark menfi zararı ifade eder⁴⁷⁷. Alacaklının söz konusu sözleşmeyi yapamamasındaki menfaate tekabül eden zarardır. Buradan anlaşıldığı kadarı ile müspet zarar, alacaklının tam ve doğru bir ifaya ilişkin menfaatidir.

Müspet zarar da kendi içinde fiili zarar ve yoksun kalınan kar olarak ayrılmıştır⁴⁷⁸. Borçlanılan edimin ifa edilmemesi nedeniyle alacaklının mal varlığının aktif kısmının azalmasına veya pasif kısmının çoğalmasına fiili zarar denir. Yoksun kalınan kar ise müspet zararın bir parçasını oluşturur. Borca aykırı davranış

⁴⁷⁷ OĞUZMAN/ÖZ, s. 328.; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 855; EREN, s.1013-1014.

⁴⁷⁸ OĞUZMAN/ÖZ, s. 331.; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 856; EREN, s.1013.

olmasaydı alacaklının mal varlığının göstereceği artışa yoksun kalınan kar denir. Burada sözleşmenin ihlali, malvarlığında meydana gelecek muhtemel bir artışı engellemiş, önlemiştir⁴⁷⁹.

Bununla birlikte, fiili zarar ve yoksun kalınan kar kavramlarının menfi zararlar birlikte söz konusu olabileceği de ileri sürülmüş ve şu örnekle desteklenmiştir: mesela kiracı (B) (A) ile yaptığı kira akdini kendi kusuru ile işlediği bir hata yüzünden ortadan kaldırırsa, kiralayan ondan hem bu akit için yaptığı masrafları (pul, noter, kiracının istediği tadilat) hem de akde güvenerek daha yüksek kira veren bir şahsın teklifini reddetmekten doğan zararının tazminini isteyebilecektir. Menfi zarardan oluşan bu kalemlerin içinde fiili zarar ve yoksun kalınan kar da bulunmaktadır.

Borçlunun tazminata mahkum edilebilmesi için prensip itibarıyla alacaklı borca aykırılık yüzünden uğradığı zararı ispatla mükelleftir⁴⁸⁰. Ancak alacaklı çoğu zaman zarara uğradığını ispat edebilse de bu zararın miktarını ispat etmek oldukça zordur. Bu durumda Türk Hukukuna göre hakim, BK m. 98/2’de yapılan atıf gereğince haksız fiillerde zararın miktarını tayin konusundaki esasları uygulayacaktır. BK m. 42/2 “Zararın hakiki miktarını ispat etmek mümkün olmadığı takdirde hakim, halim mutad cereyanını ve mutazarrır olan tarafın yaptığı tedbirleri nazara alarak onu adalete tevfikane tayin eder” demektedir. Buna göre hakim yoksun kalınan kar, hesabı yaparken halin mutad cereyanına ve alacaklının aldığı tedbirlere nazaran elde edilmesi kuvvetle muhtemel görünen karı nazara almalıdır. Normalin üzerindeki kar ihtimallerini alacaklı ispat etmek durumunda olduğu gibi, normalin altında kar elde edileceğini de borçlu ispat etmek durumundadır⁴⁸¹.

⁴⁷⁹ EREN, s. 1014.

⁴⁸⁰ OĞUZMAN/ÖZ, s. 334.

⁴⁸¹ OĞUZMAN/ÖZ, s. 334; Yarg. 4. HD.19.3.1979, 6341/3677 (YKD 1980/2 s. 211 vd.)

Sözleşmesel ilişkinin taraflardan yalnız birine borç yüklediği durumlarda ifa edilmeyen edimin alacaklı için ifade ettiği değeri tespit etmek ve bu değeri borçluya tazmin ettirmek gerektiği ortadadır. Ancak karşılıklı edimleri havi akitlerde durum bu kadar açık değildir; bu nedenle tazminatın muhtevasını tayin meselesi bazı görüş farklılıklarına yol açmıştır. Bu konuda başlıca iki teori vardır: *Mübadele teorisi* ve *fark teorisi*. Bu teoriler, bir tarafın borcunu ifa etmemesi halinde zararın alacaklının kendi edimi de nazara alınarak mı, yoksa sadece borçlunun ifa edilmeyen edimi göz önünde tutularak mı hesap edileceği meselesine cevap vermektedir.

Mübadele teorisi, her iki edimi ayrı mütalaa etmekte, zararın sadece ifa edilmeyen edim nazara alınarak hesaplanacağını ve hükmedilecek tazminatla alacaklının ediminin mübadele edileceğini kabul etmektedir. Buna karşılık fark teorisine göre, alacaklının zararı, ifa edilmeyen edimin değeri le kendi mukabil ediminin değeri arasındaki fark olarak nazara alınmalıdır. Mübadele ve fark teorilerinin arasındaki pratik farklılık ancak edimin paradan başka bir şey vermekle yükümlü olduğu zaman ortaya çıkmaktadır. Alacaklının ediminin bir miktar paranın verilmesinden ibaret olduğu durumlarda iki teori arasındaki pratik farklılık pek ortaya çıkmaz⁴⁸². Türk hukukunda bu iki teoriden birinin benimsendiğine dair açık bir hüküm bulunmamakla beraber, ticari satımlar bakımından fark teorisinin kabul edildiğini gösteren özel hükümler mevcuttur (BK m.188/II ve III, m. 212).

Türk hukukunda alacaklının tazminat talebi, sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumunu ifade eden BK m. 96 ve borçlunun temerrüdünde alacaklının aynen ifa yerine tazminat talep etmesi hallerinde BK m. 106 kapsamında söz konusu olmaktadır.

Türk hukukunda sözleşmenin ifa edilmemesi durumunda alacaklının tazminat talepleri, çalışmamızın konusunu oluşturan karşılaştırmalı hukuk metinlerine kaynak

⁴⁸² TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 869.

niteliği taşıyan CISG yaklaşımı ile karşılaştırıldığında benzer sonuçların ortaya çıktığını görebiliriz. CISG m. 74, alacaklının tazminat talep edebilmesi için taraflardan birinin sözleşmeyi ihlali ve bu ihlalden dolayı diğer tarafın bir zarara uğramış olması gerektiğini belirtmektedir. Ancak CISG m.74, tazminata ilişkin olarak sadece bunu belirtmekle kalmamış tazminatın neye eşit olması gerektiğini ve neleri kapsadığını da düzenlemiştir. Burada, tam tazminat prensibi benimsenmekte ve kusur aranmamaktadır. Bunun yerine tazminat “öngörülebilirlik” prensibi ile sınırlandırılmakta ve genel prensipler uyarınca borçlunun öngöremeyeceği durumlardan sorumlu tutulamayacağı düzenlenmektedir. Bunun yanı sıra CISG ve diğer belgelerde (PICC, PECL) ifa etmeme türleri arasında bir ayrıma gidilmemiş hepsi bakımından tazminatın söz konusu olacağı düzenlenmiştir. Tazmin edilebilecek zarar türlerine baktığımızda CISG m. 74, fiili zararlar ve yoksun kalınan kar kalemlerinin tazmin edilmesini öngörmektedir⁴⁸³. Aynı şekilde PICC 7.4.2 (1)’de alacaklının ademi ifanın yol açtığı zararların tamamını tazmin ettirme hakkına sahip olduğu ifade edilmektedir. Bunun gibi, PECL Art.9:501 de zarar gören tarafın mazur görülemeyecek sözleşme ihlalinin borçlunun garanti sorumluluğunun dışında kalmayan bir sebepten ileri gelmesi kuruşa bakılmaksızın tazminata hükmedilmesi için yeterli görülmektedir.

Sözleşmenin ifa edilmemesinden dolayı Türk hukukundaki tazminat yükümlüğünü genel hatları ile Common Law’daki tazminat yükümlüğü ile karşılaştırdığımızda ortaya çıkan sonuçlar arasında paralellik söz konusu olsa da iki hukuk düzeninde meseleye farklı kavramlar ve farklı bakış açıları ile yaklaşıldığını görmekteyiz. Yukarıda da belirtmiş olduğumuz gibi, Common Law’da sözleşme ile üstlenilen bütün yükümlülükler birer garanti yükümlülüğüdür. Bu temel ilke

⁴⁸³ Bkz. II.Bölüm II.A.2(4).

sözleşmelerin ifa edilmemesini çeşitli nedenlere göre ayrıma tabi tutup sistematize etmeye gerek duymaksızın borçlunun borcunu herhangi bir şekilde ifa etmemesinin sözleşme ile garanti edilen sonucun gerçekleştirilmemiş olması durumunda tazminata hükmetme sonucuna götürmektedir. Common Law bakımından tazminat sonucuna ulaşmak için borçlunun kusurlu olması aranmamaktaysa da tazminatın miktarının belirlenebilmesi için somut olay bazında mahkemenin kusur incelemesi yapması söz konusu olabilecektir. Türk hukuku açısından da tazminatın miktarını belirleyecek en önemli etken zararın miktarıdır. Ancak haksız fiillere ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması ile müterafik kusur veya borçlunun kusurunun hafifliği, borcun ifa edilmemesinden alacaklının elde ettiği menfaatler tazminatın miktarının indirilmesine yol açan etkenler olarak kabul edilmektedir⁴⁸⁴.

C) Sözleşmeden Dönme

Türk hukukunda karşılıklı akitlerde sözleşmeden dönme hakkının tanınması, taraflardan birinin ediminin, borcun ifa edilmemesi hallerinden hangisinin söz konusu olduğuna bağlı olarak değişmektedir. Borcun ifasının borçlunun kusuru ile imkansızlaşması halinde sözleşmeden dönme hakkının tanınıp tanınmayacağı hususu tartışmalı olmakla birlikte, borçlunun temerrüdü halinde alacaklının ifa yerine tazminat talep etmesi ve sözleşmeden dönme hakkına sahip olduğu BK m. 106'da düzenlenmiştir.

Borcun borçlunun kusuru ile imkansızlaşması halinde mübadele teorisi kabul edildiğinde mesele pratik bir önem kazanır. Zira borçludan tazminat isteyen alacaklı kendi edimini yerine getirmek zorundadır. Oysa alacaklı kendi edimini yerine getirerek elde edeceği bir tazminat yerine borç ilişkisinden sıyrılmayı tercih edebilir. Fark teorisinin kabul edilmesi durumunda ise alacaklıyı akitten dönmeye zorlayan bir

⁴⁸⁴ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.878

sebepe bulunmamaktadır. Zira alacaklı tazminat istediğinde kendi edimini yerine getirmeyecektir. Bununla birlikte borcun ifası imkansız hale gelmeden önce alacaklı edimini ifa etmişse bu şekilde verdiklerini geri alması akitten dönebilmesine bağlıdır. Alacaklı tazminat isterse kendi verdiklerini geri alamayacaktır. Hal böyleyken alacaklıya tazminat isteyerek akitten dönebilme hakkı tanınmış mıdır?

Türk-İsviçre Borçlar Kanunu, kusurlu imkansızlık halinde, alacaklının sadece tazminat isteyebilmesini öngörmüş (BK.96) ayrıca bir dönme hakkından bahsetmemiştir. Kanunda akitten dönme hakkı sadece borçlunun temerrüdü dolayısı ile söz konusu edilmektedir (BK m.106). Bu nedenle bazı hukukçular, kusurlu imkansızlığın, alacaklıya sadece tazminat isteme hakkını vereceğini, ona ayrıca bir dönme hakkının verilmeyeceğini ifade etmektedirler⁴⁸⁵. Ancak diğer bir görüşe göre ise karşılıklı edimleri havi akitlerde edimlerden biri borçlunun kusur ile imkansız hale gelirse, diğer taraf akitten dönme hakkına sahip olmalıdır. Zaten Borçlar Kanunu, bazı özel akitler bakımından temerrüt dışındaki haller açısından da dönme sonucunu uygulamaktadır (BK m. 249, 303/II, 344, 517, 535). Kusurlu imkansızlık durumunda dönme hakkının tanınmamış olmasının nedeni, kanunda zaten kusurlu imkansızlığı açıkça ifade eden bir hükmün mevcut olmaması ile ilgilidir⁴⁸⁶.

Sözleşmeden dönme hakkı, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, henüz ifa edilmemiş edim yükümlülüklerini sona erdirip, daha önce yerine getirilmiş edimlerin iadesi borcunu doğuran, varması gerekli, şekle bağlı olmayan bir yenilik doğurucu hak olarak tanımlanmıştır⁴⁸⁷. Sözleşmeden dönme hakkı, taraflardan birinin borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi durumlarında sözleşmenin kuruluşu anında mevcut olan dengenin bozulması sonucunda aynen ifa veya ifaya olan

⁴⁸⁵ Von Tuhr, Andreas, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, (terc.Cevat EDEGE), Ankara, 1983, s. 611-612.

⁴⁸⁶ SCHWARZ, Türk Borçlar Hukukuna göre akdin ihlali sebebi ile fesih (çev. Davran), Mardin'e Armağan, İstanbul, 1944, s. 759.

⁴⁸⁷ BUZ, Vedat, Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara, 1998. s. 65.

menfaatin yani müspet zararın tazmin edilmesi başvuru yollarının alacaklının menfaatini karşılamaması halinde başvuru bir yol olarak ifade edilmektedir. Bu anlamda sözleşmeden dönme hakkının en önemli işlevlerinden biri, sözleşmenin kuruluşundan önce mevcut olan duruma dönülmesi suretiyle ihlal nedeniyle bozulan dengenin yeniden sağlanmasıdır⁴⁸⁸.

Sözleşmeden dönme hakkının alacaklının borçlu ile yapmış olduğu sözleşmenin borçlu tarafından ifa edilmemesi durumunda kendi sözü ile bağlı kalma zorunluluğunu ortadan kaldırması da onun önemli işlevlerinden birisi olarak gösterilmektedir. Bu durumun alacaklının başka tasarruflarda bulunma özgürlüğünü yeniden sağladığı ifade edilmektedir⁴⁸⁹. Alacaklının belli bir hukuki sonuca ulaşmak amacıyla yapmış olduğu sözleşmenin borçlunun ifa etmeme davranışı nedeniyle artık alacaklının ihtiyaçlarını karşılamadığı ortadadır. Borcun, borçlu tarafından ifa edilmediği durumlarda alacaklıdan kendisini sözleşme ile bağlı tutmaya devam etmesini beklemek *pacta sunt servanda* ilkesini şekilci bir yaklaşımla abartılması olarak yorumlanmaktadır. Bu nedenle alacaklının menfaatinin onun ifa ile sona ermeyen sözleşme ilişkisinden kurtulma imkanına sahip olmasını gerektirdiği düşünülmektedir⁴⁹⁰.

Türk Borçlar Kanununda sözleşmeden dönme halleri genel hükümlerde ve özel hükümlerde yer almaktadır. Genel hükümlerde sözleşmeden dönmeye ilişkin ilk düzenleme BK. M 82’de yer almaktadır. Buna göre, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, taraflardan birinin borç ödemediği aciz duruma düşmesi halinde diğer tarafın hakkı tehlikeye düşerse bu taraf alacağı teminat altına alınıncaya kadar kendi borcunu ifadan kaçınabilir. Yine alacağı uygun bir süre içinde teminat altına alınmayan tarafın sözleşmeden dönebileceği öngörülmüştür. Bu hükümler PICC

⁴⁸⁸ BUZ, s. 66.

⁴⁸⁹ BUZ, s. 67.

⁴⁹⁰ BUZ, s. 68.

7.1.3 ve PECL 9:201’de karşılıklı ifanın gerektiği durumlarda tarafların ifayı askıya alma hakkını karşılamaktadır. Aynı şekilde PECL Art. 8.105 alacaklının borçludan teminat göstermesini istemesi ve teminatın makul bir sürede gösterilememesi hallerinde sözleşmenin sona erdirilebileceğine ilişkin hüküm de bu düzenleme ile benzetilmektedir.

Genel hükümlerde dönme hakkının düzenlendiği diğer durum da borçlunun temerrüdü nedeniyle alacaklının sözleşmeden dönmesidir. BK. m. 106-108’de tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun temerrüdüne ilişkin özel bir düzenleme yer almaktadır. Bu hükümlerde alacaklıya bazı seçimlik haklar tanınmıştır⁴⁹¹. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun temerrüdü halinde alacaklıya bazı ek seçimlik haklar tanınırken bu hakların kullanılmasına bazı formaliteler getirilmesi suretiyle borçlunun durumu da tamamen korumasız bırakılmamıştır. BK. m. 106/I’e göre, kendisine tanınan bu seçimlik hakları kullanmak isteyen alacaklının ifa için borçluya ek süre vermesi gerekmektedir. Alacaklı ek süreyi kendisi tayin edebileceği gibi, hakime de tayin ettirebilir⁴⁹².

Ek süre tayinine ilişkin beyan alacaklının sözleşme konusu edimi o ana kadar doğmuş gecikme zararı ile birlikte belirli bir tarihe kadar ifaya davet eden ve karşı tarafa varması gereken herhangi bir şekle tabi olmayan bir hukuki işlem benzeri bir irade açıklamasıdır⁴⁹³.

BK. m. 107’de ek süre tayinine gerek olmayan haller düzenlenmiştir. Bunlardan ilki, borçlunun davranışlarından ek süre tayininin anlamsız olacağının

⁴⁹¹ Bu seçimlik haklar BK. m. 101-105 arasında temerrüde bağlanan genel sonuçlara ek olarak düzenlenmiştir. Sözleşmeden dönme hakkı yanında borçlu temerrüde düşmesi halinde, borcun gecikmiş ifasından dolayı oluşan zararları tazminle mecburdur. Bunun gibi kaza ile oluşan zarar ve ziyandan da mesuldür (BK. M.102). Borçlunun bu sorumluluktan kurtulması gecikmiş ifadan dolayı kusurlu olmadığını ispat etmesi veya borç zamanında ifa edilmiş olsaydı bile alacaklının zararına olarak ifa edilen değere isabet edeceğini ispat etmekle mümkün olabilir.

⁴⁹² BUZ, s. 107.

⁴⁹³ OĞUZMAN/ÖZ, s.383, TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 946.

anlaşılmasıdır. Örneğin, mütemerrit borçlu, borcunu ifa etmeyeceğini açıkça bildirmiş ise veya uygun bir süre tanınsa bile borçlunun borcunu bu sürenin sonuna kadar ifa edemeyeceği anlaşılıyorsa ek süre tayinine gerek yoktur. İkinci olarak, borcun ifasının temerrüt nedeniyle alacaklı için faydasız hale gelmesi halinde ek süreye gerek yoktur. Üçüncü olarak, eğer kesin vadeli bir işlem söz konusu ise ek süre tayinine gerek yoktur (BK. m.107). Kesin vadeli işlemler, taraflarca ifanın belirli bir anda veya belirli bir süre içinde gerçekleşmesinin kesin olarak kararlaştırıldığı işlemlerdir.

Alacaklıya tanınan seçimlik haklardan ilki, alacaklının yukarıda belirtmiş olduğumuz seçeneklerden aynen ifa ile birlikte gecikmeden kaynaklanan zararını tazmin ettirmesidir.

Alacaklıya tanınan ikinci seçimlik hak ise aynen ifadan vazgeçip müspet zararın tazminini talep etmektir. Alacaklıya tanınan üçüncü seçimlik hak ise sözleşmeden dönme ve menfi zararların tazminini talep etmedir. Sözleşmeden dönme hakkı borçlunun kusurundan bağımsız olarak mevcuttur. Ancak menfi zarar bakımından borçlu temerrüde kusuru ile düşmediğini ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir. Aynen ifadan vazgeçen alacaklının ek sürenin sonunda diğer seçimlik hakları kullanabilmesi için durumu borçluya bildirmesi gerekmektedir.

Türk hukukunda borcun ifa edilmemesi halinde sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasında buraya kadar görmüş olduğumuz ayrıştırmaya, çalışmamızın konusunu teşkil eden diğer uluslar arası metinlerde söz konusu değildir. Örneğin Viyanana Satım Konvansiyonunda dönme hakkı, sözleşmeye aykırılığın türüne (imkansızlık temerrüt gibi) bakılmaksızın ya da ihlal edilen yükümlülüğün yan edim yükümlülüğü olup olmadığına bakılmaksızın “sözleşmenin esaslı ihlali” koşuluna

bağlanmıştır⁴⁹⁴. Esaslı ihlal kavramından ne anlaşılması gerektiği CISG m. 25 bağlamında ele alınmış olmakla birlikte , sözleşmenin geç veya kötü ifası veya ifanın imkansızlaşması gibi durumların şayet alıcıyı, sözleşmeden beklediği menfaatten önemli ölçüde yoksun bırakması ve bunun satıcı tarafından sözleşmenin kurulması esnasında öngörülebilir olması gerekmektedir. Benzer bir düzenlemeye yeknesak sözleşme hukuku metinlerinde de (PECL ve PICC) rastlamak mümkündür. Her iki metinde de sözleşmenin sona erdirilmesi sözleşmenin esaslı ihlali koşuluna bağlanmaktadır (PECL Art. 4:301, PICC Art.7.3.1).

⁴⁹⁴ Bkz. yuk.ş 3, II.A.1(1) ve §3 II A.2.(3)

III. DEĞERLENDİRME

Türk Borçlar Kanunu'nda borcun ifa edilmemesine bağlanan sonuçlara, çalışmamızda incelemekte olduğumuz uyumlaştırma metinleri ışığında bakıldığında ilk göze çarpan husus, esas olarak “kusur sorumluluğu” anlayışının egemen olduğudur⁴⁹⁵. Bu anlayışın esasında diğer düzenlemelerle kıyaslandığında borçludan yana bir neticeyi doğurduğu düşünülebilse dahi, Kanun, burada ispat yükünü tersine çevirerek bu durumu dengelemektedir. Bununla birlikte kusura dayanan sorumluluk yaklaşımı, Kıta Avrupa'sı hukuk düzenlerinin benimsediği yöntemdir. Örneğin İsviçre-Türk borçlar hukukunun da dahil olduğu Alman hukuk çevresinde sözleşmesel sorumluluk ilke olarak kusura dayanır ve borçlu, kusursuzluğunu ispat etmek suretiyle sorumluluktan kurtulabilir. Yukarıda da çeşitli vesilelerle belirtmiş olduğumuz üzere, genel hatlarıyla *common law* etkisinde kalan uyumlaştırma metinlerinde ise sözleşmesel yükümlülüklerin hepsi birer garanti yükümlülüğüdür ve bunların ifa edilmemesi halinde başvuru imkanları bakımından kusur aranmamaktadır⁴⁹⁶.

Kusur sorumluluğunu benimseyen BK 96. düzenlemesinin yanında bugün artık güncel ihtiyaçları karşılamak üzere kural dışı olarak “garanti sorumluluğu”na da sıkça başvurulduğunu görmekteyiz. Bu durum günümüz dünyasında kusur sorumluluğundan garanti sorumluluğuna doğru bir gidişin olduğunu göstermektedir.

Borçlar Kanunumuzda, ifa etmeme anlamına gelen durumlarla ilgili olarak genel bir sistematik belirlenmemekle birlikte bu gibi durumları en geniş manasıyla kavramlaştıran SEROZAN'a göre, ifa engelleri şu başlıklar altında toplanabilir: Alacaklı temerrüdü, alacaklının etki alanında gerçekleşen ifa imkansızlığı,

⁴⁹⁵ SEROZAN, İfa Engelleri, §11, s. 116.

⁴⁹⁶ Bkz. yuk. IV.A.1.b, IV.B.1.c.

baştan(konuda) imkansızlık, borçlunun sorumluluğunu gerektiren sonraki imkansızlık, borçlunun sorumluluğunu gerektirmeyen sonraki imkansızlık, borçlu temerrüdü, sözleşmenin müspet ihlali, sözleşme öncesinde kusur (*culpa in contrahendo*), işlem temelinin çökmesi⁴⁹⁷. Bununla birlikte Borçlar Kanunu kapsamında düzenlenen başlıca ifa etmeme durumları ise: borçlunun kusuru ile ortaya çıkan imkansızlık, borcun gereği gibi ifa edilmemesi ve borçlunun temerrüdüdür.

Borçlar Kanununun, borçların ifa edilmemesine ilişkin kuralları günümüzde geçerli kitlesel sanayi üretiminin değil de yüzyıl öncesinde geçerli küçük çapta bireysel tarım üretiminin koşullarına göre biçimlendiği yönünde eleştirilmektedir⁴⁹⁸. Buna göre ifa etmeme hususundaki sorunların çözümü genellikle yasada değil ders kitaplarında aranmakta, bir anlamda kurallar yerine kuramların egemen olduğu gözlenmektedir. *Culpa in contrahendo*, sözleşmenin işlem temelinin çökmesi gibi durumlar buna verilecek en güzel örnektir. Diğer taraftan Kanunun ifa etmeme bakımından merkezinde yer alan kavramın “imkansızlık” olduğu görülmektedir. İfa etmeme durumlarına bağlanan sonuçlar ise hep bu kavram etrafında şekillenmektedir⁴⁹⁹. Bunun yanı sıra borçların ifa edilmemesi bağlamında hangi durumların ifa etmeme sonucunu doğurduğu meselesine yanıt aranırken yapılan ayrımların da günümüz somut gerçekliğini yansıtmaktan uzak olduğu söylenmektedir. Bu anlamda SEROZAN tarafından geniş anlamda ifa engellerinin neler olduğunun sınıflandırılması esnasında varılan toparlayıcı, genelleyici sonucun bugün Dünya’da

⁴⁹⁷ SEROZAN, İfa Engelleri, § 11, s. 114. SEROZAN’a göre, “aslında kuruluş aşamasındaki aksilikleri gerçek anlamda birer ifa engeli saymak doğru değildir”. Çünkü bunlarda henüz geçerli olarak oluşmuş bir sözleşme ilişkisi yoktur. Daha ifa sürecine girilmiş değildir ki bir ifa engelinden söz edilebilsin. Ancak baştaki imkansızlıkla sonradan ifa imkansızlığı ve sözleşme öncesi kusur(*culpa in contrahendo*) ile sözleşmenin müspet ihlali ve temel hatası ile işlem temelinin çökmesi arasındaki sınırların silikliği dolayısıyla, bu olguları da ifa engelleri potasında toplamak amaca uygun olacaktır.

⁴⁹⁸ SEROZAN, İfa Engelleri, § 11, s.116.

⁴⁹⁹ SEROZAN’a göre, “Ayıplı ifa bile kimlerine göre bölümsel imkansızlık sayılır. Borçlu temerrüdüne de hani neredeyse zamansal imkansızlık gibi bakılır. Oysa imkansızlık kavramı bugün artık ifa engellerinin başat kavramını oluşturmaya pek elverişli sayılmaz”. İfa Engelleri, §11, s.117.

ve Avrupa’da kabul görmüş uyumlaştırma metinlerinin çoğunda hakim olan “yeknesak sözleşmeye aykırılık” yaklaşımına götürdüğü kanaatindeyiz. Bu anlamda mevcut ifa etmeme sistematığına bakıldığında, birbirine çok benzeyen, hatta yer yer çakışan ifa engelleri arasında açılan, SEROZAN’ın ifadesiyle “yersiz, gereksiz çukurlar hukuk tuzaklarıyla doludur”. Birbirine benzeyen olgulara birbirinden ayrı çözümlerin bağlanmış olması, ister istemez rastlantısal sonuçlara, eşitsizliklere yol açar⁵⁰⁰. Genel hükümler bağlamında borcun ifa edilmemesi bakımından yapılan bu ayrımlamalara bir de özel hükümlerde getirilen farklı düzenlemeler eklenince oldukça karmaşık bir manzara ile karşılaşılmaktadır. Aynı sözleşme bakımından kimi durumlar için genel hükümlere kimi durumlar için de özel hükümlere bakmak durumunda kalan hukukçular çoğu zaman hakların telahuku meselesi ile karşı karşıya kalır.

Aynı hukuk çevresinin birer ürünü olmakla, Alman Hukuku da bu tür sorunlarla karşı karşıya kalmış ve 2002’nin başında bir “Borçlar Yasası Reformu” ile bu sorunlarını çözmeye çalışmıştır. Kimi bakımlardan söz konusu karmaşayı aşmak bir yana daha da çetrefilleştirdiği söylene bile bu reformda “yükümlülüğün ihlali” kavramı, temerrüt imkansızlık ve sözleşmenin müspet ihlali kavramlarını kucaklayan bir üst kavram olarak öngörülmekte ve bu arada özel sözleşme tiplerindeki ifa etmeme durumları bu kavram ile uyumlu olarak düzenlenmektedir⁵⁰¹. Alman Hukuk

⁵⁰⁰ SEROZAN, İfa Engelleri, § 11, s. 117.

⁵⁰¹ Federal Almanya’da “Borçlar hukukunu modernleştirme yasası” çerçevesinde 1.1.2002’de yürürlüğe sokulan yeni BGB kurallarının ifa engelleri hukuku alanında getirdiği önemli yenilikler: İmkansızlık kavramının artık yönlendirici kavram olmaktan çıkarılması, onun yerine bütün sözleşmeye aykırılıkları kapsayacak ve kuşatacak şekilde “yükümlülüğün ihlali (*Pflichtverletzung*)” kavramının getirilmesi, baştan ve sonradan oluşan imkansızlık ayrımının kaldırılması imkansızlığın salt asli edim yükümünü düşürmekle kaldığının vurgulanması, baştaki imkansızlığın hükümsüzlük nedeni olmaktan çıkarılması ve borçlunun bunu bilmesine bağlı olarak tam tazminatla yükümlü olması, alacaklıya karşılaştığı ifa menfaatinin engellenmesi durumunda menfaatin tam sağlanabilmesi açısından seçme şansının verilmesi, alacaklıya kusurdan bağımsız olarak ancak başka sıkı koşullara bağlı olarak dönme hakkının tanınması, edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkisinde sorumluluğun tüm yönleriyle yasaya girmesi ve bunun gibi işlem temelinin çökmesi kuramının da tam anlamıyla yasaya alınması olduğunu söylemek mümkündür. SEROZAN, İfa Engelleri, §12, s.120. Ayrıca Bkz, SEROZAN, Rona. “Yeni Alman İfa Engelleri Hukuku”, İÜHFM, C.LVIII, S.1-2, s.231; NÖLKE, Hans Schulte: “The New German Law of Obligations: an Introduction”,

reformu sonrasında ön plana çıkarılan “yükümlülüğün ihlali” kavramı genel anlamıyla CISG sistematigi içindeki yeknesak sözleşmeye aykırılık yaklaşımına benzer şekilde, ifa etmeme durumları arasındaki ayrımlamalar veya bölümlemelerle meşgul olmak yerine en adil biçimde alacaklının ifa menfaati nasıl elde edilebilir bunu sağlamayı amaçlamaktadır.

Alman borçlar hukuku reformunun, ülkemiz borçlar hukukunun ifa etmeme kurallarında mevcut olan sıkıntılara ışık tutacak bir diğer özelliği, bu reformun altındaki itici güçlerden birinin Avrupa Birliği mevzuatı ile uyum arayışları olmasıdır⁵⁰². Bu önemi nedeniyle Borçlar Kanunu tasarısı hazırlıklarının gündemde olduğu bu günlerde kısa da olsa Alman Reformunun ifa etmeme hususunda getirdiği temel yeniliği yakından incelemek gerekir.

Bu değişikliklerin en başında yukarıda da belirttiğimiz “yükümlülüğün ihlali” kavramı gelmektedir. İkinci olarak ise buna bağlı, başvuru yollarında meydana gelen değişikliktir. Borca aykırılık halinde alacaklının hangi yollarla ihlal edilen menfaatini eski şekliyle elde edeceği hususunda Alman hukukunda da Türk hukukunda olduğu gibi birinci başvuru yolu aynen ifadır. Bunun dışında sözleşmeden dönme, tazminat veya semenin tenzili tali yollar olarak gözükmektedir⁵⁰³. Bu yollara başvuru ise, imkansızlık (*Unmöglichkeit*), temerrüt (*Verzug*), müspet ihlal (*positive Vertragsverletzung*)⁵⁰⁴, gibi ayrımlara bağlı olarak söz konusu olmaktadır yeni

<http://www.iuscomp.org/gla/literature/schulte-noelke.htm#sdfootnote1sym#sdfootnote1sym> <son erişim, 1.05.2007>; SCHLEHTRIEM, Peter: “The German Act to Modernize the Law of Obligations in the Context of Common Principles and Structures of the Law of Obligations in Europe”, (2002) Oxford U Comparative L Forum 2 at www.ouclf.iuscomp.org <son erişim, 1.05.2007>; ZIMMERMANN, Reinhard: “The German Civil Code and the Developement of Private Law in Germany” (2006) Oxford U Comparative L Forum, 1 at www.ouclf.iuscomp.org <son erişim, 1.05.2007>.

⁵⁰² NÖLKE, age.

⁵⁰³ NÖLKE, age.

⁵⁰⁴ PIECK, Manfred: “A Study of the Significant Aspects of German Contract Law”; Annual Survey of International and Comparative Law, Fall, 1996, s.120.

düzenleme ile birlikte bunların arasındaki ayrımlar önemini kaybetmektedir⁵⁰⁵. Yeni düzenleme ile borcun ifa edilmemesinden dolayı alacaklının başvuru yollarını kullanabilmesi tek bir önkoşula bağlanmaktadır o da “yükümlülüğün ihlali”dir.

Alman borçlar hukuku reformu üzerinde uyumlaştırma metnlerinin de etkisi şüphe götürmez⁵⁰⁶. Bu etkinin borcun ifa edilmemesi hususunda meydana getirdiği değişiklik karşılaştırmalı hukuk açısından oldukça önemlidir. Zira çalışmamız boyunca yapılan açıklamalardan anlaşıldığı üzere bu durum Anglo-Sakson hukukunun uyumlaştırma metinleri aracılığı ile Kıta Avrupa’sı hukuk düzenine etki etmesi olarak değerlendirilebilir.

Türk Borçlar Kanunu Tasarısına⁵⁰⁷ bakıldığında ise, BK 96 vd.’nın genel hüküm olarak muhafaza edildiğini herhangi bir değişiklik getirilmediğini görmekteyiz. Metnin anlaşılması için dili sadeleştirilmiştir.

Ancak BK. 106-108. maddeler arasındaki hükümlerin sistematığının değiştirildiği ve daha anlaşılır bir hale getirildiğini söylemek mümkündür. Borçlar Kanununun 106. maddesinin kenar başlığında kullanılan “4. Bir mehil tayini suretiyle / a. Fesih hakkı” şeklindeki ibareler, Tasarıda (m. 128) “4. İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde /a. Süre verilmesi” şeklinde değiştirilmiştir. 818 sayılı Borçlar Kanununda 106-108. maddeler arasında yer alan borçlunun temerrüdünde alacaklının sahip olduğu diğer seçimlik hakları düzenleyen bölüm üç madde ile değil dört madde ile düzenlenmiştir (BKT 128-131). İlk maddede (m.128) iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde süre verilmek suretiyle sözleşmenin feshedilebileceği; ikinci maddede (m.129) süre verilmesini gerektirmeyen haller; üçüncü maddede (m.130)

⁵⁰⁵ NÖLKE, age.

⁵⁰⁶ ZIMMERMAN, Reinhard: “*The German Civil Code and the Developement of Private Law in Germany*” (2006) Oxford U Comparative L Forum, 1 at www.ouclf.iuscomp.org <son erişim, 1.05.2007>.

⁵⁰⁷ Tasarının Orijinal metin ve gerekçesi ile karşılaştırmalı olarak basılı metni için Bkz. YAVUZ, Cevdet, Borçlar Kanunu-Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ve Gerekçesi, Karşılaştırmalı Liste İle Birlikte-, İstanbul, 2006.

alacaklının sahip olduğu seçimlik haklar düzenlenmiştir. Dördüncü maddede ise (m.131) “sürekli edimli sözleşmelerde, borçlunun direnimi halinde alacaklı, ifa ve gecikme tazminatı isteyebileceği gibi, sözleşmeyi feshederek sözleşmenin süresinden önce sona ermesinden dolayı uğradığı zararı tazmin edebilir” şeklinde yeni bir madde eklenmiştir. Bundan önceki maddelerde ani edimli sözleşmelerde borçlunun temerrüdünün hukuki sonuçlarının düzenlendiği göz önünde tutularak, sürekli edimli sözleşmeler için de bu konuda ayrı bir düzenleme yapılması zorunlu görülmüştür. Yapılan bu yeni düzenleme ile sürekli edimli sözleşmelerde, borçlunun temerrüdü(direnimi) halinde, alacaklının, ifa ve gecikme tazminatı isteyebileceği gibi, sözleşmeyi feshederek, sözleşmenin süresinden önce sona ermesinden dolayı uğradığı zararın giderilmesini isteyebileceği kabul edilmiştir.

SONUÇ

Hukuki kurumlar işlevsel yönüyle, yani sosyal olayların kurallar halinde ele alınması olarak, düşünüldüğünde hukuki sorunların hemen her ülkede aynı görünümde karşımızda çıktığı görülecektir. Bütün hukuk düzenlerinde farklı gelişim düzeyinde de olsalar aynı ölçütlerin uygulanmasına imkân veren türde evrensel bir hukuk bilimi, kavramlara ilişkin bir birlik, ancak karşılaştırmalı hukuk metodunun uygulanmasıyla sağlanabilir⁵⁰⁸.

Karşılaştırmalı hukuk, bugün artık özel hukukun da ulusal sınırların dışına çıkabileceğini göstermiştir. Çeşitli ülkelerdeki hukuk kurumlarının dogmatik yapısı yerine onların işlevlerinin sorgulanması, metodolojik olarak çeşitli hukuk düzenlerinin farklı çözümlerinin kendi gerçekliklerine göre araştırılması, sosyal amaçların yerine getirilmesine göre birbirleriyle ölçülmesini gerektirmesi⁵⁰⁹ gibi yönleriyle karşılaştırmalı hukukun, hukukun birleştirilmesinde vazgeçilmez bir yere sahip olduğu ortaya çıkmaktadır.

Sözleşme hukukunun uyumlaştırılması sürecinde borcun ifa edilmemesi kavramına bağlanan sonuçları ele aldığımız bu çalışmada, özellikle borcun ifa edilmemesi anlamına gelen durumlar açısından ortak ve yeknesak bir terminolojiye ulaşabilmenin mümkün olduğunu görmekteyiz. Uluslararası ticaretin örf-adet hukuku düzeyinde uygulama ile teorisinin fazlasıyla önünde olduğu bu alanda teorik bir altyapının hazırlanması gereği ortadadır.

Bu gereklilik Türk hukukçusu olarak öncelikle uyumlaştırma faaliyetlerinin çerçevesinin anlaşılmasında ve uyumlaştırma metinlerinin bugün en yaygın olarak

⁵⁰⁸ OĞUZ, Karşılaştırmalı Hukuk, s. 83.; BOGDAN, Michael, Comparative Law, 1994, s. 93 vd.

⁵⁰⁹ OĞUZ, Karşılaştırmalı Hukuk, s. 82.

kullanılanlarının seçilerek bir kavram etrafında incelenmesinin önemli olduğu fikri üzerinde durmamıza yol açtı. Bu nedenle hukuk sistemlerince farklı algılanmış ve farklı neticelere bağlanmış olan “borcun ifa edilmemesi” olgusunun uyumlaştırma metinlerinde nasıl düzenlenmekte olduğunu inceledik. Bu inceleme yapılırken şüphesiz *Common Law* ve *Civil Law* geleneğinin bu kavramları nasıl etkilemekte olduğu ve bu etkileşimin uyumlaştırma metinlerine nasıl yansıdığı özellikle üzerinde durduğumuz kısım oldu.

Dünya üzerinde birbirinden çok farklı görünen iki büyük hukuk sistemi olan *Common Law* ve *Civil Law* sistemlerinin borcun ifa edilmemesine bağlanan sonuçlar alanında başta CISG olmak üzere diğer uyumlaştırma metinleri üzerinde yan yana gelmesi ve adeta borcun ifa edilmemesi bağlamında aralarında bir köprü kurulması karşılaştırmalı hukuk metodu açısından çalışmamızın sonuna gelindiğinde en çok dikkatimizi çeken husus oldu. Bu köprü üzerinde, iki hukuk düzeninin birbirini nasıl etkilediğini görmek, bugün artık ulusal sınırların yavaş yavaş ortadan kalkmakta olduğunu ve bunun hukuk pratiği üzerinden yapılmakta olduğunu bize göstermiştir.

Borcun ifa edilmemesi olgusuna bağlanan sonuçlar açısından kurulan bu köprüde kimi zaman *Common Law* kimi zaman ise *Civil Law* yaklaşımının benimsendiği görülmüştür. Örneğin, aynen ifanın kabul edilmesi ile *civil law* kuralı benimsenmiş; sorumluluğun sınırlarının genişletilmesi ile ise *Common Law* kuralı kabul edilmiştir.

Uluslararası platformda gelişen ve modern sözleşmeler hukukunun borcun ifa edilmemesi konusundaki yaklaşımını yansıtan bu metinler, Avrupa Birliği ile entegrasyon sürecinde mevzuatını uyumlaştırma yolunda olan ülkemiz açısından da büyük bir öneme sahiptir.

Bununla birlikte, borcun ifa edilmemesi” olgusunu karşılayan kavramların birkaç farklı yönden ele alınması gerektiğini düşünmekteyiz. Öncelikle bir kavram önerdiğimizde bunun herhangi bir dil sınırları içinde kalması mantıksal bir zorunluluktur. Bu bakımdan, kavram önerisinde bulunurken “dil” perspektifinden ve iki aşamalı bir çerçeve çizmek mümkündür. Her ne kadar Kıta Avrupa’sı hukuk geleneğine yabancı olsa da bugün dünya üzerinde en yaygın olarak konuşulan dil İngilizce’dir. Özellikle ticari hayata ilişkin doğrudan sonuçları olan “borcun ifa edilmemesi” olgusu bağlamında düşündüğümüzde *nonperformance* kavramı daha genel ve kapsayıcı bir kavram olarak gözükmektedir. Bu kavram Anglo-Sakson sisteminde yaygın olarak kullanılan *breach of contract* kavramına nazaran daha genel bir anlamı ifade etmektedir. İkinci aşamada Türk hukukunda bu kavramı karşılayan en genel ifadenin “ifa etmeme” veya eskilerin kullanımı ile “ademi ifa” kavramı olduğu görülecektir. Bu iki kavramı birbirinin yerine de kullanmak mümkün olsa da hukuk dilinin anlaşılabilir kılınması açısından “ifa etmeme” kavramının tercih edilmesi mümkündür.